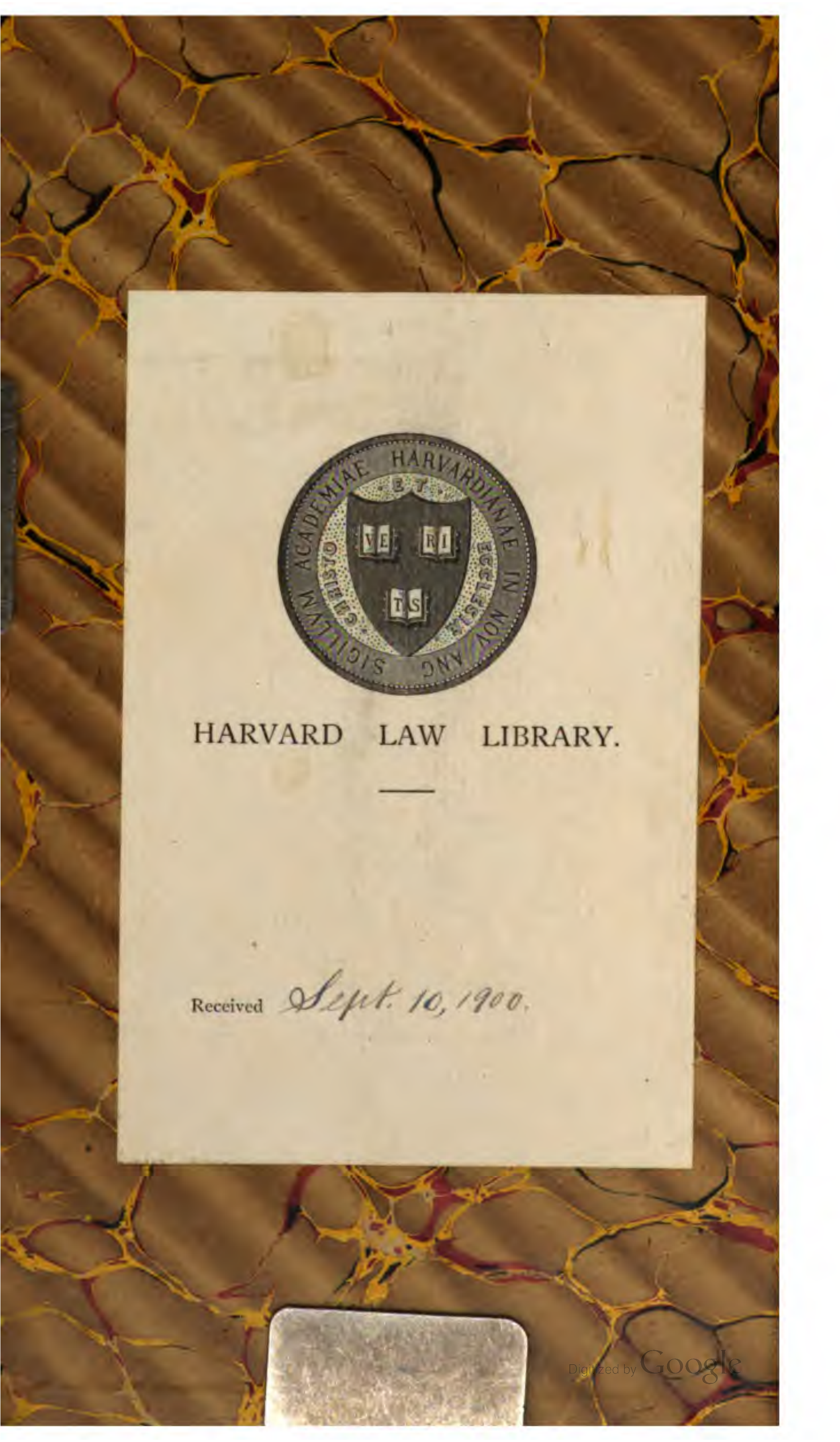

056 967 474



SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV ANG
CHRISTO ET ECCLESIAE
VE RI TAS


Digitized by Google

Belgium

PRINCIPES

DE

DROIT CIVIL FRANÇAIS.

Bruxelles. — Typ. BRUYLANT-CHRISTOPHE & Cie

PRINCIPES

DE

DROIT CIVIL

FRANÇAIS

PAR

F. LAURENT,

PROFESSEUR A L'UNIVERSITÉ DE GAND.

Ouvrage couronné au concours quinquennal des sciences morales et politiques.

TOME QUATORZIÈME.

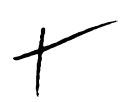
(3e ÉDITION.)



BRUXELLES.
BRUYLANT-CHRISTOPHE & Cie,
ÉDITEURS.
RUE BLAES, 33

PARIS.
LIBRAIRIE A. MARESCQ, AINÉ,
A. CHEVALIER-MARESCQ, SUCCESSEUR,
RUE SOUFFLOT, 20.

1878





Rec. Sept. 10, 1900.

TITRE III

DES DONATIONS ENTRE-VIFS ET DES TESTAMENTS.

(Suite.)

CHAPITRE V.

DES TESTAMENTS

(Suite.)

SECTION II. — Des legs (suite.)

---

§ III. *Transmission de la propriété et de la possession des biens légués.*

ARTICLE 1. Transmission de la propriété.

1. L'article 711 porte que la propriété des biens s'acquiert et se transmet par succession, par *donation* entre-vifs ou *testamentaire*. Ainsi la loi met les legs sur la même ligne que les donations et la succession *ab intestat* en ce qui concerne l'acquisition et la transmission de la propriété. L'article 1014 reproduit le même principe : « *Tout legs pur et simple* donnera au légataire, du jour du décès du testateur, un droit à la chose léguée, droit transmissible à ses héritiers ou ayants cause. » *Tout legs*, dit la loi ; donc le legs universel, le legs à titre universel et le legs à titre particulier. Il est vrai que l'article 1014 est placé sous la rubrique des *legs particuliers*. C'est un défaut de classification qui s'explique par les travaux préparatoires (1). La place qu'occupe l'article 1014 n'empêche

(1) Coin-Delisle, p. 465, n° 3 de l'article 1014.

pas que, dans l'intention du législateur, cette disposition s'applique à toute donation testamentaire. En effet, les termes de l'article sont généraux: *Tout legs*, dit l'article; tandis que le second alinéa, voulant parler des legs particuliers, dit : « néanmoins le *légataire particulier*, etc. » Il est donc incontestable que le principe formulé par l'article 1014 s'applique à tout legs sans distinction. Et il n'y avait pas à distinguer. Le legs a pour objet de transférer la propriété, de même que la donation entre-vifs; et c'est aussi là son effet, aux termes de l'article 711. Reste à déterminer le moment où cette transmission s'opère et la manière dont elle se fait. Le moment, c'est l'instant du décès. La loi dit le *jour* du décès; cela n'est pas exact, il est impossible que le légataire devienne propriétaire tant que le testateur vit, et du moment où le testateur meurt, il transmet au légataire la chose léguée. Cela suppose que le legs est pur et simple, comme le dit l'article 1014. Quand le legs est conditionnel, il reste en suspens tant que la condition n'est pas accomplie. Est-ce à dire que la propriété ne se transmette que lors de l'accomplissement de la condition? Non, car la condition accomplie a un effet rétroactif au jour où le legs s'est ouvert par la mort du testateur. Ainsi la transmission de la propriété se fait toujours à ce moment. Pourquoi donc la loi distingue-t-elle entre le legs pur et simple et le legs conditionnel? L'article 1014 répond à la question. Quand le legs est pur et simple, le droit à la chose léguée existe dès l'instant du décès, de sorte que si le légataire venait à mourir avant d'avoir accepté le legs, avant d'en avoir demandé et obtenu la délivrance, il transmettrait son droit à ses héritiers ou ayants cause; tandis que si le legs est conditionnel, le droit à la chose léguée ne se transmet pas lorsque le légataire vient à mourir avant l'arrivée de la condition, puisqu'il n'a pas encore de droit (art. 1040).

2. Le principe qui régit la transmission de la propriété de la chose léguée s'applique aux legs universels et à titre universel. Il y a une grande différence entre les deux legs en ce qui concerne la transmission de la possession, le légataire à titre universel n'est jamais saisi; il doit

donc toujours demander la délivrance de son legs, aussi bien que le légataire à titre particulier (art. 1011 et 1014); tandis que le légataire universel est saisi lorsqu'il est en concours avec des héritiers non réservataires; mais, qu'il ait la saisine ou qu'il ne l'ait pas, il acquiert la propriété, de même que le légataire à titre universel et le légataire particulier, dès l'instant du décès du testateur, par l'effet de la loi, sans aucune manifestation de volonté, sans qu'il ait aucune formalité à remplir, et alors même qu'il ignorerait l'existence ou l'ouverture du testament. Il y a, sous ce rapport, identité entre la succession et la donation testamentaire; peu importe le titre du légataire (1).

La jurisprudence a consacré ces principes, mais elle ne l'a pas toujours fait avec la précision et la rigueur nécessaires. Il y a une distinction élémentaire à faire entre la transmission de la propriété et la transmission de la possession. Les légataires non saisis doivent demander la délivrance de leur legs; le légataire universel qui a la saisine n'est pas tenu de demander la délivrance. Mais tous les légataires, quoique non saisis, acquièrent la propriété dès l'instant du décès du testateur, et ce droit est transmissible à leurs héritiers. Quelle est la nature de ce droit? Nous l'avons appelé un droit de propriété; la cour de cassation ne lui donne pas ce nom, elle l'appelle un droit acquis transmissible aux héritiers et ayants cause (2). Dans un de ses arrêts, la cour dit que le légataire à titre particulier et le légataire à titre universel ne sont saisis de la propriété qu'à partir de la délivrance, que jusque-là ils ont un *droit réel* transmissible à leurs héritiers (3). Nous n'hésitons pas à dire que cette distinction entre le droit de propriété, qui ne serait acquis qu'en vertu de la délivrance, et un prétendu droit réel qui serait acquis dès l'ouverture de la succession, est une erreur. La délivrance n'a pour objet que la transmission de la possession; elle n'a rien de commun avec l'acquisition de la propriété;

(1) Voyez le tome IX de mes *Principes*, p. 255, n° 210-212.
(2) Cassation, 15 mai 1839 (Dalloz, n° 3616).
(3) Cassation, 2 décembre 1839 (Dalloz, au mot *Enregistrement*, n° 5933).

cela est élémentaire. Il y a une chose tout aussi élémentaire, c'est que le droit qui appartient à tout légataire dès l'instant du décès du testateur est un droit de propriété. Que serait-ce que ce droit *réel* imaginé par la cour de cassation? La loi ne connaît d'autres droits réels que la propriété et les démembrements de la propriété. Si le légataire n'acquiert pas la propriété au décès du testateur, quel est donc le démembrement de propriété qu'il acquiert? La question n'a pas de sens, et la distinction que fait la cour de cassation n'en a pas davantage. Il n'y a qu'une distinction qui résulte de nos textes, celle de la propriété et celle de la possession; la transmission de la première se fait toujours en vertu de la loi, dès l'instant de l'ouverture de l'hérédité et au profit de tout successeur; tandis que la transmission de la possession n'a lieu de plein droit que lorsque le légataire est saisi, les légataires qui n'ont pas la saisine doivent demander la délivrance. Ce qui a induit la cour de cassation en erreur, ce sont les termes de l'article 1014; le législateur ne dit pas que le legs donne la propriété de la chose léguée, il dit que le légataire a *un droit* à la chose léguée. Mais ce droit n'est autre chose qu'un droit de propriété; il suffit de citer l'article 711 pour le démontrer. Il faut donc dire avec la cour de Bruxelles que la propriété de la chose léguée passe de plein droit du testateur au légataire, comme elle passe de plein droit de la tête du défunt sur celle de l'héritier ou du successeur *ab intestat* (1).

3. Ces principes s'appliquent, sans doute aucun, au legs de la nue propriété. On a prétendu que ce legs est conditionnel, la manière de le formuler peut favoriser cette erreur. Un conjoint lègue l'usufruit de ses biens à son conjoint, et il ajoute que les biens appartiendront à son neveu après le décès de l'usufruitier. Ces mots *après le décès* semblent indiquer un terme, et comme le terme de la mort est incertain, on en a conclu qu'il équivalait à une condition; de là la conséquence que le legs serait caduc si le légataire de la propriété venait à mourir avant

(1) Bruxelles, 25 août 1814 (*Pasicrisie*, 1814, p. 209).

l'usufruitier. La cour de Bruxelles a repoussé cette fausse interprétation. Loin d'être conditionnel, le legs n'est pas même un legs à terme; c'est le legs de la nue propriété, ce legs s'ouvre en même temps que le legs de l'usufruit, à la mort du testateur; il n'y a que la jouissance du légataire de la nue propriété qui soit ajournée, par l'excellente raison qu'il n'en est pas légataire, son droit de propriété ayant été démembré au profit de l'usufruitier (1).

4. Du principe que le légataire acquiert la propriété de la chose léguée dès le décès du testateur, suit qu'il peut transmettre son droit; l'article 1014 dit que son droit est transmissible à ses héritiers et *ayants cause*. Donc le légataire peut vendre son droit. La cour de cassation dit que le légataire peut disposer de l'actif réel ou éventuel compris dans son legs (2), ce qui prouve que la cour a tort de ne pas lui reconnaître le droit de propriété (n° 2); comment pourrait-il aliéner s'il n'était pas propriétaire? Peu importe que la délivrance soit faite ou non lors de la vente; la délivrance ne regarde que la possession et la jouissance des fruits; alors même que le légataire ne l'aurait pas demandée, cela n'empêche pas de transmettre son droit, d'après l'article 1014, donc de le vendre (3).

Du même principe suit que les créanciers du légataire peuvent saisir la chose léguée, quand même il n'y aurait pas eu de délivrance. En effet, la chose léguée est dans le domaine du légataire, donc elle forme le gage de ses créanciers, et elle peut être saisie par eux comme tous ses autres biens. Le contraire a été jugé en matière de saisie-arrêt; avant la délivrance, dit le premier juge, le légataire n'est pas investi de son legs, il n'est pas propriétaire, et par suite ses créanciers ne peuvent pas saisir la créance. Cette décision a été cassée comme violant les principes sur les effets légaux des legs (4).

Le légataire est donc propriétaire, et il peut exercer tous les droits attachés à la propriété, sauf ceux qui dé-

(1) Bruxelles, 27 juillet 1814 (*Pasicrisie*, 1814, p. 161).
(2) Cassation, 15 mai 1839 (Dalloz, n° 3616).
(3) Bruxelles, 18 mars 1846 (*Pasicrisie*, 1846, 2, 282).
(4) Arrêt précité (note 3) du 15 mai 1839.

pendent de la possession. Il est arrivé que les légataires opposaient le défaut de délivrance comme une fin de non-recevoir aux créanciers qui poursuivaient contre eux l'expropriation de la chose léguée. Cette exception a toujours été rejetée. La délivrance ne concerne que la possession; la propriété est au légataire, donc elle peut être saisie sur lui; s'il doit demander la délivrance, c'est pour sauvegarder les droits de l'héritier débiteur du legs; l'héritier seul peut donc se prévaloir du défaut de délivrance, le légataire ne peut opposer l'exception du droit d'un tiers (1).

ARTICLE 2. Transmission de la possession.

N° 1. DE LA SAISINE.

I. *Principe.*

5. « Lorsque au décès du testateur il y a des héritiers auxquels une quotité de ses biens est réservée par la loi, ces héritiers sont saisis de plein droit, par sa mort, de tous les biens de la succession; et le légataire universel est tenu de leur demander la délivrance des biens compris dans le testament » (art. 1004). « Lorsque au décès du testateur il n'y aura pas d'héritiers auxquels une quotité de ses biens soit réservée par la loi, le légataire universel sera saisi de plein droit par la mort du testateur, sans être tenu de demander la délivrance » (art. 1006).

Pourquoi la loi donne-t-elle la saisine aux réservataires de préférence aux légataires universels? Et pourquoi la donne-t-elle aux légataires universels de préférence aux héritiers non réservataires? Nous avons répondu ailleurs à ces questions (2). Les auteurs du code civil ont fait une transaction entre le droit écrit et le droit coutumier; ils ont maintenu la saisine que les coutumes accordaient aux héritiers du sang quand ces héritiers ont une réserve; ils ont fait une concession aux pays de droit écrit, en

(1) Bruxelles, 25 août 1814 et 21 octobre 1823 (*Pasicrisie*, 1814, p. 209, et 1823, p. 516).
(2) Voyez le tome IX de mes *Principes*, p. 279, n° 229.

accordant la saisine au légataire universel lorsque le défunt a entièrement exclu ses héritiers légitimes non réservataires : l'héritier de l'homme prend alors la place de l'héritier de Dieu. Le code revient au droit coutumier lorsqu'il n'y a que des légataires à titre universel et des légataires à titre particulier; quand même ils prendraient toute l'hérédité, la saisine reste aux héritiers naturels. Nous renvoyons à ce qui a été dit sur la saisine au titre des *Successions*.

6. La loi ne prévoit pas le cas où le légataire universel est en concours avec des réservataires tout ensemble et avec des non-réservataires. On suppose que le défunt laisse pour héritiers sa mère et ses frères et sœurs; il institue un légataire universel. La mère seule est saisie, les frères et sœurs ne le sont pas, puisqu'il y a un légataire universel; Toullier en conclut que le légataire universel sera saisi à l'égard des frères et sœurs. Cela paraît assez logique; les frères et sœurs n'étant pas saisis lorsqu'il y a un légataire universel, pourquoi auraient-ils la saisine s'il y a un ascendant? La mère peut-elle donner aux frères et sœurs un droit qui n'appartient qu'aux seuls réservataires? Toutefois nous croyons que Toullier et ceux qui suivent son opinion se trompent(1). Le texte est formel; dès qu'il y a des héritiers réservataires, la saisine leur appartient, et la loi dit : la saisine de *tous les biens;* donc elle ne peut pas appartenir aux légataires pour la part qu'ils recueillent. Nous ne disons pas que les frères et sœurs sont saisis; exclus de l'hérédité par l'institution d'un légataire universel et n'étant pas réservataires, ils ne peuvent pas avoir la saisine; la mère sera seule saisie de tous les biens, quoiqu'elle n'en prenne que le quart. L'esprit de la loi est en harmonie avec cette décision. En principe, la saisine appartient aux héritiers du sang, les seuls vrais héritiers, ceux que Dieu appelle à l'hérédité; le code a maintenu ce principe en faveur des réservataires; ils sont saisis de toute l'hérédité, quoiqu'ils n'en

(1) Toullier, t. III, 1, p. 284, n° 294. Coin-Delisle, p. 454, n° 2 de l'article 1004. Marcadé, t. IV, p. 71, n° 4 de l'article 1004.

prennent qu'une partie, ce qui est très-juridique; dans la théorie de la saisine, elle doit appartenir à celui qui est le plus intéressé à conserver tout le patrimoine; or, c'est bien le réservataire qui a cet intérêt, puisque le droit du légataire peut tomber, tandis que la réserve écrite dans la loi ne saurait être contestée (1).

7. Il y a une autre question également controversée et plus douteuse. Le défunt institue un légataire universel et il meurt laissant, pour plus proches héritiers, des ascendants autres que père et mère et des frères et sœurs. On demande si les ascendants auront la saisine. Nous croyons que l'affirmative résulte du texte et de l'esprit de la loi. Que dit l'article 1004? « Lorsque au décès du testateur *il y a* des héritiers auxquels une quotité de ses biens est réservée par la loi, ces héritiers sont saisis. » Il suffit donc qu'il y ait des héritiers réservataires pour qu'ils soient saisis. On objecte que par *héritiers* la loi entend des successibles qui viennent à l'hérédité; or, dans l'espèce, les ascendants sont exclus par les frères et sœurs; ils ne sont successibles et n'ont droit à la réserve que si les frères et sœurs renoncent; ce n'est donc qu'en cas de renonciation des frères et sœurs que les ascendants auront la saisine. Nous répondons que cette distinction confond deux ordres d'idées très-différents : la question de savoir qui est appelé à la succession et celle de savoir qui a la saisine. La loi donne la saisine aux héritiers naturels alors même qu'ils sont exclus par des légataires à titre universel ou à titre particulier. Elle la donne au père en concours avec un légataire universel, bien que celui-ci soit appelé à toute l'hérédité, tandis que le père n'en prend que le quart; les droits et l'honneur du sang l'emportent en principe. Donc l'ascendant, en supposant même qu'il n'ait pas de réserve par suite du concours des frères et sœurs, doit avoir la saisine. En réalité, le concours des frères et sœurs n'empêche pas l'ascendant d'avoir droit à la réserve. Les frères et sœurs sont exclus par le légataire universel; donc celui-ci est réellement en concours

(1) Demolombe, t. XXI, p. 516, n° 565.

avec des ascendants ; on est donc dans le texte et dans l'esprit de l'article 1004 : l'ascendant est préféré au légataire (1).

II. *Application du principe.*

8. Le testateur peut-il changer l'ordre que la loi suit en déférant la saisine? Quand il y a des réservataires, le défunt ne peut pas disposer de la saisine. Sur ce point, tout le monde est d'accord. Il y a des auteurs qui enseignent que le testateur peut disposer de la saisine lorsqu'il n'y a pas de réservataires (2). En apparence, c'est le testateur qui saisit : n'est-ce pas là ce que dit l'adage, *le mort saisit le vif?* Nous n'avons pas à examiner les origines historiques de cet adage, elles remontent à une époque où il n'y avait pas de loi. Aujourd'hui les héritiers saisis le sont en vertu de la loi, c'est la loi qui défère la saisine. La question est donc de savoir s'il est permis, en cette matière, de déroger à la loi. A notre avis, la négative est certaine, mais il faut voir quelle est la vraie raison de décider. Troplong répond « qu'il ne dépend pas du testateur de porter atteinte à une dévolution que la loi a établie en vue d'une prééminence due à certaines personnes privilégiées par le sang (3). » Voilà une de ces phrases comme Troplong les aime ; quand la loi donne la saisine au légataire universel de préférence aux héritiers légitimes, le fait-elle à raison d'une préférence due au sang? Nous avons dit ailleurs quel principe la loi suit dans la délation de la saisine; ce principe suffit pour décider notre question (4). C'est pour assurer la conservation de l'hérédité au profit de tous les intéressés que la loi accorde de préférence la saisine à celui dont le droit est certain, et qui est éventuellement appelé à toute l'hérédité ; c'est donc

(1) Coin-Delisle, p. 454, nos 4 et 5 de l'article 1004. Comparez le tome XII de mes *Principes*, p. 41, n° 25. En sens contraire, la plupart des auteurs (voyez Duranton, t. IX, p. 202, n° 193 ; Troplong, t. II, p. 139, n° 1814).

(2) Comparez Rigaud, *De la saisine héréditaire* (*Revue des Revues de droit*, t. VI, p. 139).

(3) Troplong, t. II, p. 181, n° 1792.

(4) Voyez le tome IX de mes *Principes*, p. 279, n° 229.

dans un intérêt général; or, il n'est pas permis aux particuliers de déroger aux lois d'ordre public. Le testateur ne peut disposer de la saisine qu'indirectement, lorsqu'il institue un légataire universel et qu'il meurt sans laisser de réservataire; c'est alors le légataire qui a la saisine; encore ne peut-on pas dire que c'est le testateur qui la lui confère, c'est la loi.

9. Il a été jugé que le légataire conditionnel a la saisine pendant que la condition est en suspens (1). Nous croyons que cette décision est contraire au texte et à l'esprit de la loi. Pour que le légataire soit saisi, il faut qu'il y ait un légataire. Or, la condition suspend le legs. Cela répond à l'argument qui a entraîné la cour de Turin. La loi, dit-elle, ne distingue pas entre le legs pur et simple et le legs conditionnel. Non, mais la distinction résulte des principes qui régissent la condition. Le légataire conditionnel n'a qu'un droit éventuel, droit qui peut s'évanouir d'un instant à l'autre par sa mort; tant que la condition est en suspens, il peut seulement faire les actes conservatoires de son droit; or, la saisine est tout autre chose, elle a pour objet de garantir les droits de tous les intéressés; ce qui suppose que le droit de celui que la loi charge de veiller aux intérêts de tous est certain. Par cela seul que le droit du légataire conditionnel est incertain, la loi ne pouvait pas lui confier la saisine.

10. Le légataire universel institué par un mineur est-il saisi? Nous avons examiné la question ailleurs (t. X, p. 180, n° 194).

11. Le testateur institue son enfant naturel légataire universel et il meurt laissant des héritiers légitimes. Qui aura la saisine? La question est controversée. A notre avis, c'est l'enfant naturel. La décision dépend du point de savoir si l'enfant naturel peut être légataire universel. On le nie; les enfants naturels, dit-on, ne peuvent rien recevoir au delà de ce qui leur est accordé au titre des *Successions* (art. 908); or, d'après l'article 757, l'enfant

(1) Turin, 13 avril 1807 (Dalloz, n° 3617). En sens contraire, Troplong, t. II, p. 140, n° 1815. Demolombe, t. XXI, p. 514, n° 561; Aubry et Rau, t. VI, p. 159, et note 4, § 719.

naturel n'a jamais qu'une quotité de la succession, donc le legs, en apparence universel, que lui fait son père, est en réalité un legs à titre universel (1). C'est oublier que, d'après l'article 908 combiné avec l'article 758, l'enfant naturel peut recueillir la totalité des biens lorsque son père ne laisse pas de parents au degré successible; donc l'enfant naturel, légataire universel, a un droit éventuel à l'universalité des biens, dès lors il est réellement légataire universel, et partant il a la saisine comme tel (2).

III. *Conséquences de la saisine.*

12. Quand le légataire universel a la saisine, il est assimilé à l'héritier légitime, et quant aux droits et quant aux obligations. Il faut donc appliquer au légataire saisi ce que nous avons dit, au titre des *Successions*, des effets de la saisine (t. IX, n[os] 223-228). Il n'y a d'exception que pour l'obligation que la loi impose aux héritiers légitimes de rapporter les libéralités qui leur ont été faites; les légataires entre eux ne sont pas tenus au rapport; le rapport est fondé sur la volonté présumée du défunt; or, il ne peut plus être question de volonté présumée quand le défunt a manifesté sa volonté. Du reste, l'obligation du rapport n'a rien de commun avec la saisine.

13. La cour de Colmar a appliqué ce principe à l'action en rescision d'une vente pour cause de lésion. En supposant que le défunt eût le droit d'agir en rescision, ce droit fait partie de son patrimoine; il transmet l'action avec ses autres biens à ses héritiers; or, le légataire saisi tient la place de l'héritier, donc il a l'exercice de toutes ses actions (3).

Si les légataires ont toutes les actions procédant du défunt, ils ont aussi les actions en nullité des dispositions faites par le défunt. Telle serait l'action en nullité des legs faits à des incapables, par exemple, à des corporations religieuses. De là suit que les héritiers légitimes n'ont

(1) Duranton, t. IX, p. 205, n° 195. Poujol, t. II, p. 167, n° 10.
(2) Aubry et Rau, t. VI, p. 159, note 3, § 719.
(3) Colmar, 7 août 1834 (Dalloz, n° 4242).

pas le droit d'attaquer ces dispositions ; ils sont sans droit parce qu'ils sont sans intérêt (1). Cela suppose que le legs universel est sérieux. Nous avons dit ailleurs que la fraude s'est emparée de la loi pour frauder la loi ; le testateur institue un légataire universel dont la seule mission est de faire parvenir les biens du défunt aux incapables et d'empêcher les héritiers d'agir en leur enlevant tout intérêt. Il va sans dire que les legs universels faits en fraude de la loi sont nuls (2).

IV. *Des légataires universels institués par un testament olographe ou mystique.*

14. Quand le légataire universel a la saisine de plein droit, peut-il, comme l'héritier *ab intestat*, se mettre lui-même en possession des biens héréditaires? Il faut distinguer s'il est institué par un testament authentique ou s'il l'est par un testament olographe ou mystique.

Si le légataire est institué par un testament authentique, il peut prendre possession des biens sans être tenu de remplir aucune formalité. Il a un titre exécutoire, et il le met à exécution : c'est le droit commun. Voilà pourquoi la loi ne parle pas de ce cas ; elle ne prescrit aucune mesure, ni pour la conservation ni pour l'exécution du testament; le droit commun suffit. Il était inutile de veiller spécialement à la conservation du testament par acte public ; il est reçu en minute, il est donc conservé avec les autres minutes qui restent en dépôt chez le notaire. Il n'y avait pas lieu de soumettre le testament à des formalités spéciales pour son exécution, puisque c'est un acte authentique revêtu de la formule exécutoire (3).

L'article 1319 apporte des restrictions à la force exécutoire des actes authentiques. En cas de plainte en faux principal, l'exécution de l'acte argué de faux est suspendue par la mise en accusation; si donc il y avait une inscription en faux principal contre l'auteur du faux suivie

(1) Rejet, 17 mai 1852 (Dalloz, 1852, 1, 289).
(2) Voyez le tome XI de mes *Principes*, p. 230, n° 173.
(3) Duranton. t. IX, p. 205, n° 196.

d'un arrêt de mise en accusation, le légataire ne pourrait pas se mettre en possession, toutes les probabilités étant que le testament a été fabriqué ou falsifié. En cas d'inscription de faux incident faite dans le cours d'un procès civil, contre l'acte authentique, les tribunaux peuvent, suivant les circonstances, suspendre provisoirement l'exécution de l'acte. Cette disposition de l'article 1319 reçoit aussi son application au testament public. L'inscription en faux incident ne suffit pas pour que l'exécution de l'acte soit suspendue; c'eût été donner aux héritiers un moyen trop facile de s'opposer à l'exécution d'un acte valable. C'est aux tribunaux à décider d'après les circonstances. S'il y a de graves présomptions de faux et s'il y a lieu de craindre que la mise en possession du légataire pendant la procédure en faux ne cause un préjudice aux héritiers, les tribunaux décideront que les biens seront donnés en dépôt à un gardien judiciaire, par application de l'article 1961 qui permet à la justice d'ordonner le séquestre des biens dont la propriété ou la possession est litigieuse entre deux personnes. Il est vrai que le légataire a pour lui un acte authentique; mais la foi due à cet acte est fortement ébranlée par l'inscription en faux et par les circonstances de la cause (1).

Quand il n'y a pas d'inscription en faux, le testament, restant valable quant à la forme, conservera sa force exécutoire, alors même qu'il serait attaqué au fond pour insanité d'esprit ou captation; le légataire peut néanmoins se mettre en possession, parce que provision est due au titre (2).

15. La position du légataire est bien différente quand il est institué par un testament olographe ou mystique. En effet, l'acte qu'il produit est un écrit sous seing privé auquel aucune foi n'est attachée, qui n'a aucune force exécutoire. La loi pouvait-elle permettre au légataire de se mettre en possession, en vertu d'un testament dont rien ne garantit la vérité, en présence des héritiers légitimes

(1) Bruxelles, 16 mai 1823 (*Pasicrisie*, 1823, p. 418, et Dalloz, n° 2826).
(2) Liége, 11 juillet 1822 (*Pasicrisie*, 1822, p. 207, et Dalloz, n° 2826).

qui sont saisis de plein droit? On conçoit que les héritiers naturels se mettent en possession, ils ont un titre dans leur parenté qui est authentiquement constatée par les actes de l'état civil, et leur droit est écrit dans la loi. On conçoit encore qu'un testament authentique permette au légataire de prendre possession des biens : il a un titre auquel la loi ajoute pleine foi et qui est revêtu d'un mandement d'exécution au nom du roi. Mais le légataire institué par un testament olographe ou mystique n'a aucun titre; l'acte qu'il produit ne fait aucune foi par lui-même, il n'a pas force exécutoire. Dès lors la justice devait intervenir. De là les mesures que la loi prescrit et dans l'intérêt du légataire et dans l'intérêt des héritiers.

1. PRÉSENTATION ET DÉPÔT DU TESTAMENT.

16. L'article 1007 porte : « Tout testament olographe sera, avant d'être mis à exécution, présenté au président du tribunal de première instance de l'arrondissement dans lequel la succession est ouverte. » La loi ne dit pas qui doit faire cette présentation. C'est naturellement celui qui se trouve en possession du testament, le légataire ou l'ami auquel le défunt aura confié l'écrit qui contient ses dernières volontés, ou le notaire auquel il l'aura remis en dépôt. D'ordinaire le testateur conserve lui-même son testament olographe; la loi veille à ce que les héritiers, intéressés à le soustraire, ne le détruisent point; le juge de paix qui, en apposant les scellés, trouve un testament, doit le présenter au président du tribunal (code de proc., art. 916 et 918).

Le testament doit être présenté au président du tribunal dans l'arrondissement duquel la succession s'est ouverte, parce que c'est devant ce tribunal que sont portées toutes les demandes relatives à l'exécution des dispositions testamentaires. Cependant il a été jugé que cette disposition n'est pas de rigueur, que la présentation peut se faire par le dépositaire du testament au président du tribunal dans l'arrondissement duquel il est domicilié (1); nous dirons

(1) Toulouse, 22 mars 1839 (Dalloz, n° 3814).

plus loin qu'aucune des formalités que la loi prescrit pour la conservation et l'exécution du testament n'est sanctionnée par la peine de nullité. Quel que soit le président auquel le testament aura été présenté et qui en aura ordonné le dépôt, le président du lieu de l'ouverture de la succession peut ordonner l'envoi en possession (1); l'irrégularité de la présentation n'empêche pas que le testament ait été vu par un magistrat, décrit par lui et déposé entre les mains d'un notaire.

17. Aux termes de l'article 1007, le testament sera ouvert s'il est cacheté. Le président dresse procès-verbal de la présentation et de l'ouverture du testament. Si le président intervient, ce n'est pas comme juge, exerçant une juridiction; les fonctions que la loi lui confie appartiennent à ce que l'on appelle improprement juridiction volontaire ; à vrai dire, il n'y a pas de juridiction à exercer, puisqu'il n'y a pas de procès; s'il y avait procès, ce ne serait pas le président qui le déciderait, ce serait le tribunal. La juridiction dite volontaire n'a pas toujours le même caractère; il y a des actes de juridiction volontaire qui sont précédés d'une connaissance de cause, et que par suite le magistrat peut refuser d'accomplir, s'il y a lieu; tandis que d'autres s'expédient sans connaissance de cause, le magistrat y remplit un ministère passif, il ne peut pas refuser de procéder à l'acte dont la loi le charge. C'est à cette dernière catégorie qu'appartiennent la présentation du testament, son ouverture et la description de son état. Quand même le testament qu'on présente serait nul en la forme, le président n'en devrait pas moins dresser procès-verbal et ordonner le dépôt de l'acte; ce n'est pas à lui de prononcer la nullité de l'acte (2).

Cependant le ministère du président n'est pas purement passif. S'il ne juge pas, il inspecte du moins. Si donc on lui présentait un écrit qui n'est pas un testament, certes il ne devrait pas dresser procès-verbal ni ordonner le

(1) Rejet, 22 février 1847 (Dalloz, 1847, 1, 141). Comparez Nancy, 18 juin 1869 (Dalloz, 1870, 2, 114).
(2) Merlin, *Répertoire*, au mot *Testament*, sect. II, § IV, art. V, n° IV (tome XXXIV, p. 147).

dépôt de cet acte. De même si l'écrit était un testament, mais que le testateur ne fût pas mort, il n'y aurait pas lieu de procéder aux formalités prescrites par la loi, car il n'y a pas de testament d'un homme vivant. Le président peut donc demander que celui qui présente le testament produise l'acte de décès du testateur (1).

18. On suit les mêmes formalités quand le testament est mystique; la loi prescrit, en ce cas, une mesure spéciale : « L'ouverture du testament ne pourra se faire qu'en présence de *ceux des notaires* et des témoins signataires de l'acte de suscription qui se trouveront sur les lieux, ou eux appelés. » Le texte suppose que l'acte de suscription peut être reçu par deux notaires; c'est une erreur, cet acte n'est jamais dressé que par un seul notaire en présence de six témoins (2). D'après l'article 1007, on ne doit appeler à l'ouverture du testament mystique que le notaire et les témoins qui sont sur les lieux, c'est-à-dire qui habitent la ville où siége le tribunal. On a prétendu que l'expression *sur les lieux* devait s'entendre de tout l'arrondissement judiciaire: tel n'est certes pas le sens littéral de cette expression, et c'est à la lettre de la loi qu'il faut s'attacher si l'on ne veut tomber dans l'arbitraire le plus absolu (3). Pourquoi la loi prescrit-elle des formalités spéciales pour l'ouverture du testament mystique? C'est que la description de l'état du testament mystique a plus d'importance que lorsqu'il s'agit d'un testament olographe. Le testament olographe n'est valable que lorsqu'il est écrit en entier, daté et signé de la main du testateur; tandis que le testament mystique peut être écrit par un tiers; il n'est pas même requis que le testateur le signe. De là le danger de la substitution d'un testament à celui que le testateur a présenté au notaire. La loi multiplie les précautions pour prévenir cette fraude, qui détruirait le testament mystique dans son essence. Voilà pourquoi elle veut que le testament soit présenté devant un grand nombre de témoins et que ces témoins viennent,

(1) Coin-Delisle, p. 458, n° 7 de l'article 1007.
(2) Aubry et Rau, t. VI, p. 128, note 3.
(3) Bruxelles, 16 février 1848 (*Pasicrisie*, 1848, 2, 40).

au décès du testateur, reconnaître leurs signatures et l'état du testament (1).

19. L'article 1007 veut que le président, après avoir dressé procès-verbal, ordonne le dépôt du testament entre les mains du notaire par lui commis. C'est une garantie pour le légataire tout ensemble et pour les héritiers. Ceux-ci pourront prendre inspection du testament et voir s'il y a lieu d'en reconnaître l'écriture, ou de l'attaquer, soit pour vice de forme, soit pour incapacité. Il se peut que le défunt ait déposé son testament chez un notaire; cela arrivera régulièrement pour les testaments mystiques. Le testament sera alors présenté au président par le dépositaire, ce qui ne dispensera pas le président de rendre une ordonnance de dépôt. Seulement les convenances exigent, comme l'a jugé la cour de Montpellier, que le président confie le dépôt du testament au notaire que le testateur lui-même avait choisi, à moins qu'il n'y ait des raisons graves de s'écarter de ce choix.

20. Les formalités prescrites par l'article 1007 doivent-elles être observées sous peine de nullité? La négative est certaine; le code ne prononce pas la nullité, et il n'y avait pas lieu de la prononcer. Il se peut que le légataire manque par ignorance, par inadvertance. Ainsi il ouvre le testament avant de le présenter au président, c'est une irrégularité, mais qui n'enlève pas aux héritiers le droit d'agir en nullité, s'il y a lieu. L'irrégularité serait plus grave s'il s'agissait d'un testament mystique; toutefois il n'en résulterait aucune nullité, sauf aux héritiers à se prévaloir de cette circonstance, s'ils attaquent le testament. A plus forte raison les héritiers n'auraient-ils pas le droit de se plaindre si eux-mêmes avaient assisté à l'ouverture irrégulière du testament. La jurisprudence et la doctrine sont d'accord sur ce point (2).

Il a été jugé, par application de ce principe, que le léga-

(1) Coin-Delisle, p. 458, n° 8 de l'article 1007.

(2) Voyez les arrêts dans Dalloz, n° 2777. Il faut ajouter un arrêt de la cour de Bruxelles, du 16 février 1848 (*Pasicrisie*, 1848, 2, 40). Comparez Coin-Delisle, p. 459, n° 9 de l'article 1007; Aubry et Rau, t. VI, p. 128 et note 4; Demolombe, t. XXI, p. 465, n° 503.

taire particulier pouvait demander la délivrance de son legs, quand même les formalités prescrites par l'article 1007 n'auraient pas été observées. Dans l'espèce, la solution n'était pas douteuse. Un jugement du tribunal de première instance avait ordonné le dépôt du testament chez un notaire, et procès-verbal avait été dressé de son état. Le but de la loi était donc atteint (1). Il est vrai que les formalités ne se remplissent pas par équipollent, mais cette maxime suppose que les formalités sont prescrites pour la substance de l'acte; tandis que les formalités de l'article 1007 ont seulement pour objet de sauvegarder les intérêts des légataires et des héritiers. Si ces intérêts ne sont pas lésés, ce serait un formalisme outré que de se prévaloir de l'inobservation de la loi, alors que personne n'est intéressé à ce qu'elle soit observée.

2. DE L'ENVOI EN POSSESSION.

21. Lorsqu'il y a des héritiers réservataires, le légataire universel est tenu de leur demander la délivrance des biens compris dans le testament (art. 1004). Quand il n'y a pas d'héritiers réservataires, le légataire universel n'est pas obligé de demander la délivrance, mais si le testament est olographe ou mystique, il doit se faire envoyer en possession par une ordonnance du président du tribunal de première instance de l'arrondissement dans lequel la succession est ouverte (art. 1006 et 1008). Il résulte de ces dispositions que l'ordonnance d'envoi en possession n'est pas une demande en délivrance; les deux actes diffèrent grandement, quoiqu'ils aient le même effet, celui de mettre le légataire universel en possession des biens légués. La demande en délivrance, quand elle n'est pas consentie volontairement, est une action judiciaire qui s'intente contre les héritiers réservataires et qui est jugée comme toutes les actions. Tandis que la demande d'envoi en possession est adressée au président du tribunal par voie de requête. C'est le président qui rend l'or-

(1) Bruxelles, 3 mars 1824 (*Pasicrisie*, 1824, p. 57, et Dalloz, n° 490).

donnance, mais sans connaissance de cause, car ce n'est pas un jugement qu'il porte. Cela est si vrai que le testament ne lui est pas même remis; il reste déposé chez le notaire; le légataire se borne à joindre l'acte de dépôt à sa requête. La demande en délivrance est suivie d'un jugement, elle appartient à la juridiction contentieuse; l'ordonnance qui envoie le légataire en possession n'est pas un jugement, c'est un acte de juridiction volontaire (1).

22. On demande si le tribunal de première instance pourrait envoyer le légataire en possession. La négative est consacrée par la jurisprudence, et elle n'est pas douteuse. Si le légataire universel, quoique saisi, c'est-à-dire quoique investi par la loi de la possession de droit et de fait, doit néanmoins demander l'envoi en possession au président, c'est parce que son droit à la saisine n'est constaté que par un écrit sous seing privé, sans force probante et sans autorité exécutoire; le président intervient pour lui donner un caractère extérieur et pour en assurer l'exécution; il fait fonction de notaire. C'est donc, comme nous venons de le dire, un acte de juridiction volontaire; or, cette mission que la loi lui confie, elle ne l'autorise pas à la déléguer au tribunal. Il ne le pourrait pas alors même que les héritiers s'opposeraient à l'envoi, c'est à lui de statuer et à lui seul (2).

23. L'application du principe soulève une autre difficulté. Si la succession s'ouvre à l'étranger et si le légataire obtient du président une ordonnance d'envoi, pourra-t-il la mettre à exécution sur les biens situés en France? ou faudra-t-il qu'elle soit rendue exécutoire par un tribunal français? La cour de cassation a décidé la question en ce dernier sens. On objectait que les actes de juridiction volontaire sont régis par la maxime, *Locus regit actum*. Cela est vrai en ce qui concerne les formes prescrites pour la validité des écrits ou actes passés à l'étranger. Ainsi le testament mystique fait à l'étranger sera

(1) Coin-Delisle, p. 459, nos 10 et 11 de l'article 1008; Troplong, t. II, p. 143, nos 1822-1825. Demolombe, t. XXI, p. 467, no 504.
(2) Lyon, 22 décembre 1848, et Rennes, 16 janvier 1849 (Dalloz, 1849, 2, 47 et 234); Rejet, 9 mars 1853 (Dalloz, 1853, 1, 59).

valable s'il a été fait dans les formes exigées par la loi du pays où il a été reçu. Autre est la question de savoir si l'ordonnance du président, qui envoie le légataire en possession en vertu de ce testament, est exécutoire en France. Il s'agit ici d'un acte de la puissance publique, d'un acte de souveraineté; or, un souverain étranger ne peut rien ordonner en France. L'ordonnance d'envoi en possession équivaut au mandement qui se trouve dans les actes authentiques et qui est une émanation du pouvoir souverain. De même que ce mandement n'a aucun effet au delà des frontières du pays où s'exerce la souveraineté dont il émane, de même l'ordonnance du président ne peut avoir d'effet que dans les limites de la souveraineté au nom de laquelle il agit (1).

24. Quel est le rôle du président? est-il purement passif, c'est-à-dire doit-il toujours envoyer le légataire en possession, à moins qu'il n'y ait contradiction ou opposition de la part des héritiers légitimes? On a prétendu que la loi ne confère pas un droit au président, qu'elle lui impose l'obligation d'envoyer le légataire en possession (2). Cette opinion doit être rejetée sans doute aucun. Elle est contraire au texte de la loi. L'article 1008 dit que le légataire est tenu de se faire envoyer en possession, il ne dit pas que le président doit délivrer l'ordonnance d'envoi par cela seul que le légataire la lui demande. Cette rédaction est d'autant plus significative, qu'elle a été substituée à un premier projet ainsi conçu : « L'envoi en possession *sera* ordonné par le président du tribunal. » On aurait pu induire de là que l'ordonnance était une simple formalité que le président est tenu de remplir dès qu'il en est requis. La rédaction actuelle a été proposée par le Tribunat : elle n'a plus rien d'impératif. Si l'on consulte l'esprit de la loi, il ne reste aucun doute. Qu'est-ce que le légataire demande? A être envoyé en possession comme

(1) Rejet, 9 mars 1853 (Dalloz, 1853, 1, 59, et *ibid.*, le rapport du conseiller d'Oms).

(2) Poujol, t. II, p. 179, art. 1008, n° 1. En sens contraire, Dalloz, n° 3652, et tous les auteurs (Aubry et Rau, t. VI, p. 129, et note 5; Demolombe, t. XXI, p. 469, n° 505).

légataire universel, à défaut d'héritiers réservataires. Cela implique qu'il est réellement légataire universel, et qu'il n'est pas en concours avec des héritiers à réserve.

Il faut d'abord que le requérant prouve qu'il est légataire universel. Cela suppose l'existence d'un testament olographe ou mystique, comme le dit l'article 1008. Suffit-il que le prétendu légataire produise un écrit quelconque, quelque informe qu'il soit? ou le président a-t-il le droit et même le devoir d'examiner si l'acte est régulier en la forme? Nous disons que le président doit voir si l'acte qu'on lui présente est un testament, et par suite s'il est régulier en la forme. En effet, pourquoi intervient-il? Est-ce comme machine à signer? Non, certes. Il y a deux droits en conflit, le droit des héritiers légitimes et le droit du légataire universel. Les héritiers sont saisis en vertu de la loi, ils ne peuvent être écartés qu'en vertu d'un testament qui les exclut. Il faut que ce testament soit régulier en la forme, car la forme est de l'essence du testament. On présente au président comme testament olographe un écrit qui n'est pas daté, ou comme testament mystique un écrit qui n'est ni clos, ni cacheté; ce sont des chiffons de papier, ce ne sont pas des testaments. Obliger le président à envoyer en possession celui qui lui remettra un écrit quelconque, c'est mettre le droit des héritiers naturels à la merci du premier aventurier venu. Vainement dit-on que l'ordonnance d'envoi en possession ne confère aucun droit au légataire et que les héritiers peuvent immédiatement demander la nullité du testament et requérir des mesures conservatoires. Nous répondons que les héritiers peuvent ne pas être sur les lieux; le légataire, muni de l'ordonnance, se mettra en possession, il dilapidera les biens avant que les héritiers aient pu agir, et leur causera un dommage irréparable. C'est pour donner une garantie aux familles que la loi fait intervenir le président; pour que la garantie soit réelle, il faut que le président ait un pouvoir d'appréciation (1). En réalité, la loi ne limite pas son pouvoir, on peut donc dire que légale-

(1) Agen, 26 août 1856 (Dalloz, 1856, 2, 297).

ment il est illimité. Le danger de ce pouvoir discrétionnaire n'est pas grand, car le président ne porte aucun jugement, il ne compromet aucun droit; des deux droits qui sont en conflit, il maintient provisoirement celui qui est le plus certain. Il a été jugé en ce sens, par la cour de cassation, que l'envoi en possession est subordonné à la production d'un testament ayant une existence légale (1).

25. Mais le légataire a également son droit, et le président a mission de le sauvegarder aussi bien que celui des héritiers. S'il y a danger pour les héritiers qu'un aventurier appréhende et dissipe l'hérédité, il y a aussi danger que le légataire ne soit écarté par l'opposition des héritiers, mécontents d'être exclus, et cherchant à entraver le droit des légataires. Suffira-t-il qu'ils méconnaissent l'écriture du testament olographe? Si cela suffisait, il n'y aurait pas de légataire envoyé en possession en vertu d'un testament fait en cette forme; les héritiers n'auraient qu'à déclarer qu'ils ne connaissent pas l'écriture de leur auteur pour empêcher l'envoi; ce serait mettre le droit des légataires à la merci du mécontentement et du mauvais vouloir des héritiers (2). Est-ce à dire que, si le testament est régulier en la forme, le président ne doit tenir aucun compte de l'opposition des héritiers, alors même qu'ils contesteraient sérieusement l'écriture? Le président appréciera. Si un anonyme lui envoie un testament par la poste, si toutes les circonstances militent contre la sincérité de cet écrit, le droit douteux du légataire l'emportera-t-il sur le droit certain des héritiers? Non, le président refusera de l'envoyer en possession. La doctrine et la jurisprudence sont d'accord sur ce point (3).

L'appréciation du président est arbitraire, sans doute. On remarque aussi dans les décisions des cours d'appel une prédilection, tantôt pour les légataires, tantôt pour les héritiers. C'est ainsi que la cour de Nîmes invoque, en

(1) Rejet, 27 mai 1856 (Dalloz, 1856, 1, 250).

(2) Agen, 26 août 1856 (Dalloz, 1856, 2, 297); Rejet de la chambre civile, 13 novembre 1816 (Dalloz, n° 2736, 3°); Toulouse, 16 novembre 1839 (Dalloz, n° 2747).

(3) Aubry et Rau, t. VI, p. 129 et suiv., et note 7, § 710. Dalloz, n° 2770. Rejet, 27 mai 1856 (Dalloz, 1856, 1, 250).

faveur des légataires, une présomption légale fondée sur la saisine que la loi leur accorde (1). C'est une cour d'un pays de droit écrit, où l'on respecte toujours la volonté du testateur à l'égal de la loi. Elle fait loi, sans doute, mais à une condition, c'est d'être certaine; or, dès que les héritiers méconnaissent l'écriture, le testament n'a plus aucune valeur. Si donc on voulait procéder par voie de présomptions, il faudrait se prononcer en faveur des héritiers contre le légataire. A vrai dire, il n'y a pas de présomption. La loi donne au président le droit d'accorder l'ordonnance, et par cela même elle lui donne le droit de la refuser. En fait, il faut s'en rapporter à sa sagesse.

26. Le président peut-il refuser l'envoi lorsque les héritiers attaquent le testament pour cause d'insanité d'esprit ou de captation? Il est arrivé que l'envoi a été refusé de ce chef (2). La loi ne définissant pas le pouvoir du président, il est difficile de dire qu'il l'excède en refusant d'envoyer en possession un légataire qui notoirement a abusé de la faiblesse du testateur. Cependant nous croyons que l'esprit de la loi est que le légataire doit être envoyé en possession dès que le testament est régulier et que l'écriture en est reconnue. Le président ne statue pas après connaissance de cause, il n'entend pas les parties, il prononce sur requête; or, il est très-chanceux de refuser l'envoi en possession parce que les héritiers prétendent que le testateur n'était pas sain d'esprit ou que sa volonté a été surprise par des manœuvres frauduleuses. Il doit abandonner au juge du fond la décision de ces questions, si difficiles à juger. La cour de Gand a décidé, en ce sens, que lorsqu'il n'y a aucun vice de forme extérieur, la volonté du testateur est légalement certaine et que provision est due au titre (3).

27. Le président peut et doit refuser l'envoi en possession quand le legs n'est pas universel. Ce droit, pour mieux dire, ce devoir ne saurait lui être contesté, et il prouve

(1) Nîmes, 17 février 1824 (Dalloz, n° 2773).
(2) Poitiers, 5 mars 1856 (Dalloz, 1856, 2, 143).
(3) Gand, 11 août 1860 (*Pasicrisie*, 1861, 2, 253). Comparez Bruxelles, 3 janvier 1823 (*Pasicrisie*, 1823, p. 326); Demolombe, t. XXI, p. 472, n° 508.

que le président jouit réellement d'un pouvoir discrétionnaire. Le légataire universel seul est saisi; lui seul peut obtenir l'envoi en possession en vertu d'une ordonnance du président; les légataires à titre universel et à titre particulier sont tenus de demander la délivrance. De là suit que le président doit s'assurer si le legs est universel; or, cette question est souvent très-difficile à décider, nous en avons vu de nombreuses preuves (1). Le président doit nécessairement préjuger la difficulté, en accordant ou en refusant l'envoi; il n'a pas le droit de l'accorder à un légataire à titre universel ou à titre particulier; il n'a pas le droit de le refuser à un légataire universel; il est donc forcé d'apprécier la nature du legs. Mais son appréciation n'est pas définitive, ce n'est pas un jugement, tous les droits restent saufs.

La cour de cassation a consacré ce principe dans une espèce où la qualité du legs était très-douteuse. En apparence, il n'y avait que des legs particuliers; la testatrice avait disposé séparément de chacun des immeubles de sa succession. Le président envoya en possession les légataires survivants; en appel, il fut décidé que la testatrice avait eu la volonté de faire des legs universels, et par suite la cour confirma l'ordonnance du président. Sur le pourvoi en cassation, il intervint un arrêt de rejet, au rapport du conseiller d'Oms. On lit dans l'arrêt que le président, obligé d'accorder ou de refuser l'envoi en possession qui lui était demandé, devait rechercher, dans les dispositions du titre qui lui était présenté, les raisons qui lui paraissaient de nature à justifier sa décision. Mais cette décision, ajoute la cour, est essentiellement provisoire et n'élève aucun préjudice contre les droits des parties; quand le président a épuisé son droit, les parties peuvent agir au fond (2).

28. Il y a encore des questions de fait qui sont nécessairement soumises à l'appréciation du président. Le tes-

(1) Voyez le tome XIII de mes *Principes*, p. 556-571, nos 505-517.
(2) Rejet, 26 novembre 1856 (Dalloz, 1856, 1, 429). Nancy, 3 février 1870 et 18 juin 1869 (Dalloz, 1870, 2, 113 et 114). Orléans, 31 août 1831 (Dalloz, n° 3591, p. 1024).

tament peut être régulier en la forme, valable au fond, le legs peut être universel, et néanmoins le président doit refuser l'envoi en possession si l'identité du légataire n'est pas constante, et même si cette identité est constatée, lorsque le défunt laisse des héritiers réservataires. Il n'y a aucun doute sur ces deux points. La loi ne parle pas de l'identité; il faut naturellement que celui qui se présente comme légataire prouve, si le président ne le connaît pas, qu'il est la personne que le testateur a instituée son légataire universel. Quant à l'absence de réservataires, c'est une condition légale; s'il y a des réservataires, le légataire n'est pas saisi, il ne peut donc pas demander l'envoi en possession, il doit demander la délivrance. Peu importe que les réservataires réclament ou non; il suffit qu'il existe des réservataires pour que le président doive s'abstenir d'accorder l'envoi en possession (1).

29. Quelles sont les conséquences de l'envoi en possession du légataire? Dans l'opinion consacrée par la jurisprudence française, l'ordonnance d'envoi a une conséquence très-importante, c'est que le légataire n'est pas tenu de prouver la vérité de son titre, la preuve est rejetée sur les héritiers légitimes, c'est à eux de prouver que l'écriture n'est pas celle du testateur. Nous avons combattu cette doctrine (2). D'après ce que nous venons de dire, il est certain qu'il n'y a rien de commun entre l'envoi en possession et la force probante du testament olographe, sinon que le président peut refuser l'envoi si les héritiers méconnaissent l'écriture. Mais qu'il l'accorde ou qu'il le refuse, son ordonnance n'est pas un jugement et n'a aucune influence sur le fond du droit.

L'intervention du président est requise quand le testament est olographe, elle ne l'est point quand le testament est par acte public. Donc l'ordonnance d'envoi a pour but et pour effet de donner à un acte sous seing privé un caractère public et une force exécutoire qui lui font défaut. C'est au président à voir si le testament produit par le légataire présente des garanties suffisantes de vérité; il

(1) Bourges, 1er mai 1820 (Dalloz, n° 3671).
(2) Voyez le tome XIII de mes *Principes*, p. 258-262, nos 233-237.

refusera l'envoi s'il croit que le testament est irrégulier ou nul. S'il n'envoie pas le légataire en possession, quel sera l'effet de ce refus? La cour de Poitiers a décidé que par suite du refus la possession était dévolue aux héritiers légitimes et leur appartenait provisoirement (1), sauf au légataire à faire valoir ses droits. Il y a une saisine légale, celle des héritiers, qui est certaine, et une saisine testamentaire, celle du légataire, qui est douteuse; la loi doit l'emporter sur le testament, lorsqu'on ne sait pas s'il y a un testament. Par contre, si le légataire est envoyé en possession, la saisine légale des héritiers est écartée; le légataire, quoique n'ayant qu'un testament olographe ou mystique, est assimilé au légataire par acte authentique, il a un titre exécutoire qui lui permet d'appréhender les biens et d'exercer tous les droits appartenant à un héritier saisi. Il peut agir contre tous ceux qui détiennent des biens héréditaires, même contre les héritiers légitimes qui se seraient mis en possession. Etant propriétaire et possesseur, il a tous les droits attachés à la propriété; il peut, comme on dit, user et abuser. De là l'intérêt qu'ont les héritiers à réclamer contre l'ordonnance du président. De son côté, le légataire y aurait intérêt si le président lui refusait l'envoi en possession.

30. Les parties intéressées ont-elles un recours contre l'ordonnance du président, et quel est ce recours? Il n'y a pas de question plus controversée. Les uns nient qu'il y ait un recours quelconque, les autres admettent l'opposition et l'appel; il y en a qui n'admettent que l'appel; enfin il y en a qui distinguent et disent qu'il y a lieu à opposition tant qu'il n'y a pas eu de débat contradictoire devant le président, et qu'il y a lieu à appel lorsque, sur l'opposition des héritiers, un débat contradictoire s'engage. Ce conflit d'opinions ne prouverait-il pas qu'il y a lacune dans le code? et s'il y a lacune, ne faut-il pas décider qu'aucun recours n'est ouvert, parce que la loi n'en admet aucun? C'est notre avis, mais nous n'entendons pas décider la difficulté, qui n'est pas de notre domaine,

(1) Poitiers, 5 mars 1856 (Dalloz, 1856, 2, 144).

elle appartient à la procédure; il s'agit de déterminer le caractère de la juridiction volontaire que la loi accorde au président : admet-elle l'opposition sans qu'un texte l'accorde? admet-elle l'appel alors qu'il n'y a pas de jugement, pas de cause et pas de partie en cause (1)? Dans notre opinion sur la force probante des testaments olographes et mystiques, il y a peu d'inconvénients à refuser aux parties intéressées tout recours contre l'ordonnance du président, elle laisse leurs droits intacts, elles peuvent immédiatement agir au fond, et même requérir des mesures conservatoires. Ne serait-ce pas compliquer le débat que d'autoriser un recours contre une ordonnance purement provisoire? C'est peut-être pour cette raison que la loi n'en ouvre aucun. Nous dirons plus loin quelles sont les mesures conservatoires que les parties intéressées peuvent requérir, alors même que l'envoi en possession est prononcé.

31. Qu'arrive-t-il lorsque le légataire universel ne demande pas l'envoi en possession? Il reste saisi de droit en vertu de l'article 1006, s'il n'y a point de réservataires, mais il ne peut pas se mettre en possession, puisqu'il n'a point de titre exécutoire; par suite il n'aura pas les droits attachés à la possession de fait (n° 29). Il en serait ainsi quand même il se mettrait en possession de fait. Cette position est très-singulière. Le légataire universel a la saisine et il possède; malgré cela, il n'a pas les droits qui dérivent de la possession; s'il agissait contre des détenteurs de biens héréditaires, ceux-ci pourraient repousser son action par une fin de non-recevoir. La raison en est que, quoique saisi, il n'a pas le droit de se mettre en possession, sa possession de fait est donc illégale; d'où suit qu'il ne peut pas s'en prévaloir. Il y aurait exception s'il s'était mis en possession avec le consentement des héritiers. Ce consentement équivaut à une ordonnance du président; il implique renonciation de la part des héri-

(1) Voyez la doctrine et la jurisprudence dans Aubry et Rau, t. VI, p. 129, et note 5; Dalloz, n° 3664-3670, et la note du *Recueil périodique*, 1870, 2, 113; sur la jurisprudence belge, la note de la *Pasicrisie*, 1856, 2, 207; il faut ajouter Gand, 22 juillet 1865 (*ibid.*, 1865, 2, 278).



tiers à se prévaloir de la nullité du testament, s'il y avait une cause de nullité (1). Les formalités des articles 1007 et 1008 ne sont pas obligatoires pour les parties intéressées, en ce sens que si elles s'entendent, rien ne les empêche de mettre le testament à exécution (2).

Si le légataire se met en possession sans avoir obtenu une ordonnance du président et sans le consentement des héritiers, sa possession est illégale. En résultera-t-il qu'il encourt la déchéance de son droit? La négative est si évidente que l'on peut à peine poser la question; la formalité de l'envoi en possession n'est pas requise pour la validité du testament; elle ne concerne que son exécution (3). Autre est la question de savoir si le légataire qui s'est mis illégalement en possession gagne les fruits qu'il perçoit. Merlin a hésité, il a fini par se prononcer pour l'affirmative qui, à notre avis, n'est pas douteuse. Ce n'est pas l'article 1008 qui décide la question des fruits, c'est l'article 1006 combiné avec l'article 1005 et avec les principes qui régissent l'acquisition des fruits. La règle est que les fruits appartiennent au propriétaire (art. 547); d'après l'article 1005, il est dérogé à cette règle lorsque le légataire universel est en concours avec un réservataire, en ce sens qu'il ne gagne les fruits des biens légués que sous la condition de faire dans l'année sa demande en délivrance. Quand le légataire n'est pas en concours avec des réservataires, il est saisi de plein droit, il n'a pas de délivrance à demander; aucune disposition ne lui enlève le droit de jouissance attaché à la propriété; donc il gagne les fruits comme propriétaire. L'envoi en possession n'a pas pour objet de lui donner la jouissance, et le défaut d'envoi ne peut pas la lui enlever. Il gagnera les fruits si son legs est maintenu, il les restituera si son legs est annulé, sauf l'application des principes qui régissent la pétition d'hérédité (4).

(1) Voyez le tome XIII de mes *Principes*, p. 509, nos 451 et suiv.

(2) Poitiers, 21 août 1835 (Dalloz, no 2561, 1°). Bruxelles, 10 décembre 1845 (*Pasicrisie*, 1850, 2, 295).

(3) Merlin, *Répertoire*, au mot *Testament*, sect. II, § IV, art. V, no III (t. XXXIV, p. 146).

(4) Merlin, *Questions de droit* au mot *Testament*, § XIX (t. XV,

3. DES MESURES CONSERVATOIRES.

32. Quand le défunt laisse un légataire universel et des héritiers légitimes, il y a conflit entre l'héritier testamentaire et les héritiers naturels. La loi vide ce conflit en théorie, en donnant la saisine au légataire, ce qui semble exclure les héritiers du sang. Mais l'exclusion n'est qu'apparente ; les héritiers, quoique exhérédés, peuvent demander la nullité du testament ; ils ont donc toujours un droit éventuel sur l'hérédité, et par suite ils sont intéressés à la conservation des biens. La saisine que la loi accorde au légataire ne leur enlève ni leur droit ni leur intérêt. Alors même que le légataire a un testament authentique, les héritiers peuvent l'attaquer, soit pour vice de forme, soit au fond pour insanité d'esprit ou pour captation. Si le testament est olographe ou mystique, ils ont le même droit, ils peuvent même se contenter de méconnaître l'écriture ou la signature. L'ordonnance du président n'empêche pas les héritiers d'agir ; c'est un acte de juridiction volontaire auquel les héritiers sont restés étrangers, qui par conséquent ne leur enlève aucun droit. Mais l'ordonnance peut compromettre l'exercice de leurs droits en investissant de la possession un légataire insolvable qui pourra divertir, dilapider, dissiper les biens héréditaires. Ils sont donc très-intéressés à provoquer des mesures conservatoires. Ces mesures sont de droit commun dès qu'il y a des droits à conserver (1).

Le légataire institué par un testament olographe ou mystique doit demander l'envoi en possession au président du tribunal. S'il ne l'obtient pas, les héritiers naturels seront par cela même maintenus dans leur saisine ; ils appréhenderont les biens et en disposeront. Le refus du président d'envoyer le légataire en possession ne dépouille pas celui-ci de son droit, il peut toujours le faire valoir, mais la possession des héritiers compromettra ses intérêts s'ils sont insolvables, et alors même qu'ils seraient

p. 460). Sur la pétition d'hérédité et le droit aux fruits de l'héritier apparent, voyez le t. IX de mes *Principes*, p. 615, nos 541-553.

(1) Bruxelles, 15 janvier 1829 (*Pasicrisie*, 1829, p. 19).

solvables, ils pourraient détruire des papiers qui intéressent le légataire. Celui-ci a donc aussi un droit à sauvegarder, et par conséquent il a intérêt à provoquer des mesures conservatoires (1).

33. Les mesures conservatoires sont un droit commun, mais à une condition, c'est qu'il y ait un intérêt à garantir, ce qui suppose qu'il y a un droit compromis. Quand c'est le légataire qui requiert des mesures conservatoires, son intérêt et son droit ne sauraient être contestés; le testament qui l'institue est le fondement de son action. Si c'est un héritier qui provoque des mesures conservatoires, on doit supposer que le légataire a été envoyé en possession. Pour que les héritiers soient intéressés à demander des mesures conservatoires, il faut qu'ils agissent en nullité du testament, car c'est l'annulation du testament qui seule leur donnera un droit; si le testament est maintenu, ils sont exclus, donc sans droit et partant sans intérêt. Cela n'est pas douteux lorsque le testament est authentique; l'acte fait pleine foi de l'exclusion des héritiers; tant qu'il subsiste, il est prouvé qu'ils sont sans droit et sans intérêt; ils ne peuvent donc requérir des mesures conservatoires que sous la condition d'intenter une action en nullité du testament, ou de s'inscrire en faux (2). Les principes sont les mêmes si le testament est olographe ou mystique. En effet, l'ordonnance du président donne au légataire la possession de fait et la loi lui donne la propriété et la possession de droit; les héritiers sont donc exclus et, comme tels, sans droit et sans intérêt; ils n'ont de droit que s'ils méconnaissent le testament ou s'ils l'attaquent au fond. Notre conclusion est que, dans toute hypothèse, les héritiers ne peuvent requérir de mesures conservatoires que s'ils demandent la nullité du testament (3).

Les textes laissent quelque doute et la jurisprudence est hésitante, mais les principes sont incontestables. Qui

(1) Gand, 20 janvier 1845 (*Pasicrisie*, 1847, 2, 78).
(2) Comparez Bruxelles, 27 octobre 1825 (*Pasicrisie*, 1825, p. 507).
(3) Aubry et Rau, t. VI, p. 130, et note 9, § 710; Dalloz, n° 2769; Demolombe, t. XXI, p. 476, n° 512, et les autorités qu'ils citent.

dit mesure conservatoire, dit qu'il y a un droit à conserver; or, les héritiers exclus par le testament n'ont de droit que si le testament tombe, et pour qu'il tombe, ils doivent l'attaquer. Tant qu'ils n'agissent pas en nullité, leur exclusion subsiste, et cette exclusion leur enlève tout droit et tout intérêt. Les textes sont en harmonie avec ces principes. Aux termes de l'article 909 du code de procédure, l'apposition des scellés peut être requise par tous ceux qui prétendent droit dans la succession; et ceux qui ont le droit de faire apposer les scellés pourront en demander la levée, et l'inventaire peut être requis par ceux qui ont droit de demander la levée des scellés (art. 930 et 941 du code de pr.). Les héritiers diront-ils qu'en leur qualité de parents du défunt, appelés à sa succession, ils peuvent demander que les scellés soient apposés et qu'un inventaire soit dressé? Les textes ne disent pas cela; il faut *prétendre un droit* dans la succession pour réclamer ces mesures conservatoires; or, les héritiers exclus par un testament n'ont de droit à prétendre que s'ils attaquent le testament; donc ils doivent commencer par agir en nullité. Quand il n'y a pas de légataire universel, la qualité d'héritier suffit sans doute, puisque les héritiers ont, en ce cas, un droit fondé sur leur parenté et sur la loi. Mais quand il y a un légataire, ce droit tombe, à moins que le testament ne soit annulé.

La plupart des arrêts, très-nombreux en cette matière, supposent que le légataire attaque le testament ou en conteste la validité. D'ordinaire le légataire envoyé en possession résiste à la demande des héritiers, en invoquant son titre et l'ordonnance du président; les arrêts rejettent cette opposition, en constatant que la validité du testament étant contestée, le légataire dont le droit est mis en question ne peut pas s'opposer à ce que les héritiers fassent valoir les droits qu'ils tiennent de la loi. Les arrêts établissent ensuite l'intérêt que les héritiers ont à provoquer des mesures conservatoires, intérêt qui est évident (1).

Il y a des arrêts plus précis. La cour d'Amiens dit que

(1) Liége, 22 juillet 1847 (*Pasicrisie*, 1849, 2, 262).

les héritiers ne peuvent réclamer des mesures conservatoires que si le testament est sérieusement attaqué (1). De simples réserves que les héritiers font ne suffisent point, dit la cour de Bruxelles, il faut qu'ils attaquent le testament (2). Un tribunal de première instance avait décidé, en termes absolus, que les héritiers du sang peuvent, bien qu'il y ait un testament authentique instituant un légataire universel, et sans attaquer l'acte, requérir des mesures conservatoires. Le légataire interjeta appel; devant la cour, les héritiers contestèrent formellement la validité du testament, en se fondant sur ce que l'un des témoins n'était pas regnicole; le testament était donc attaqué, et par suite les mesures conservatoires étaient de droit (3).

34. L'application de ces principes donne lieu à des difficultés journalières, les héritiers réclament toujours des mesures dites conservatoires, alors même qu'ils n'ont aucun droit sérieux à sauvegarder, et les légataires résistent à des prétentions même légitimes. Quand les héritiers intentent une action en nullité, leur intérêt est évident, et par suite les mesures conservatoires doivent être ordonnées (4). Il a été jugé qu'une demande en conciliation suffit, non d'une manière absolue, mais en général, dit avec raison la cour de Gand. La demande en conciliation est le préliminaire indispensable d'une action judiciaire; donc généralement cet acte est sérieux et constitue une attaque du testament suffisante pour justifier des mesures conservatoires; mais si l'exploit n'était pas sérieux, si les héritiers ne donnaient aucune suite à cette demande préliminaire, le juge pourrait ne pas ordonner les mesures réclamées; les héritiers n'auraient pas à se plaindre; que ne font-ils valoir leurs droits s'ils en ont (5)? Il suffit même que les héritiers déclarent devant le tribunal ou devant la cour qu'ils méconnaissent l'écriture du testament olographe ou soutiennent que le testament est

(1) Amiens, 7 mai 1806 (Dalloz, n° 3625).
(2) Bruxelles, 12 novembre 1829 (*Pasicrisie*, 1829, p. 284, et Dalloz, n° 3654) et 11 décembre 1829 (*Pasicrisie*, 1829, p. 322).
(3) Bruxelles, 4 août 1846 (*Pasicrisie*, 1847, 2, 25).
(4) Liége, 7 juin 1836 (*Pasicrisie*, 1836, 2, 136).
(5) Gand, 6 janvier 1840 (*Pasicrisie*, 1840, 2, 5).

le fruit de la captation, qu'il est fait en faveur d'un incapable par personnes interposées (1). Si cette déclaration est faite devant le juge du référé auquel les héritiers demandent des mesures conservatoires, ce sera au juge d'apprécier si la déclaration est sérieuse et de prononcer en conséquence (2). Tant que l'action n'est pas intentée, il peut être douteux si elle le sera ; il tient aux héritiers de briser la résistance du légataire, en intentant l'action en nullité.

35. Qu'entend-on par mesures conservatoires et qu'est-ce que les héritiers peuvent faire pour sauvegarder leurs intérêts? Les héritiers n'ont aucune action directe sur les biens de l'hérédité. Il y a un légataire universel, le président l'a envoyé en possession; c'est lui qui dispose des biens héréditaires; tant que le testament subsiste, l'héritier légitime est exclu, donc il n'a aucun droit sur les biens héréditaires; tout ce que la loi lui permet, c'est de requérir des mesures conservatoires, mais ces mesures sont ordonnées par le juge; l'héritier ne peut rien faire de son chef. Il a été jugé que l'héritier ne peut pas réclamer qu'une banque inscrive en son nom des titres ayant appartenu au défunt, bien que le légataire universel fût une société non reconnue en Belgique; dès que le légataire a obtenu l'envoi en possession, provision est due au titre (3). Alors même que le légataire ferait des actes qui pourraient causer un grave préjudice à l'héritier, en abattant des futaies, par exemple, l'héritier ne pourrait pas s'y opposer par acte extrajudiciaire signifié au légataire; celui-ci a le droit de faire ce qu'il fait; l'héritier doit agir en nullité du testament et requérir du juge des mesures conservatoires (4). Cela se fait par voie de référé; de sorte que le président même qui a ordonné l'envoi en possession du légataire peut autoriser les mesures conservatoires réclamées par l'héritier. Il agit alors comme juge et exerce un acte de juridiction contentieuse; sa

(1) Bruxelles, 18 juillet 1851 (*Pasicrisie*, 1851, 2, 312).
(2) Bruxelles, 26 décembre 1827 (*Pasicrisie*, 1827, p. 352).
(3) Bruxelles, 16 juin 1858 (*Pasicrisie*, 1860, 2, 27).
(4) Rouen, 23 mai 1842 (*Pasicrisie*, 1845, 4, 503 et suiv.).

décision, par conséquent, sera sujette à appel. Cela ne fait aucun doute (1). Nous n'insistons pas sur ce point, parce qu'il n'est pas de notre domaine. Si nous traitons des mesures conservatoires, c'est parce qu'elles touchent au conflit que le testament soulève entre l'héritier et le légataire.

36. La mesure la plus usuelle qui tende à sauvegarder les droits des héritiers est celle que la loi elle-même indique : l'apposition des scellés et l'inventaire. Il peut se trouver parmi les papiers du défunt un testament révocatoire de celui que le légataire a présenté au président, il importe donc d'empêcher le détournement des papiers, de même que des effets mobiliers et des valeurs qui peuvent si facilement être divertis d'où résulterait pour les héritiers un dommage difficile à réparer, si le testament était annulé; car il leur faudrait prouver la consistance et la valeur du mobilier, ce qui, sans l'apposition des scellés et l'inventaire, est presque impossible (2).

Les héritiers doivent aussi être appelés à la levée des scellés qui précède l'inventaire; l'article 930 leur donne le droit d'en requérir la levée; et s'ils sont levés sur la réquisition du légataire, la loi veut qu'une sommation d'assister à la levée soit faite aux présomptifs héritiers; quand ce sont les héritiers qui requièrent la levée des scellés, le légataire universel y doit être appelé. Cette disposition de l'article 931 du code de procédure prouve que la loi entend sauvegarder tous les intérêts qui sont engagés dans le conflit entre l'héritier testamentaire et le successeur *ab intestat* (3).

Ce que nous venons de dire de la levée des scellés s'applique aussi à l'inventaire, qui en est la suite. Il doit être fait en présence des héritiers présomptifs et des légataires universels, en ce sens que celui qui procède à l'inventaire doit faire sommation à tous ceux qui ont le droit d'y assister (code de proc., art. 942). On a prétendu que cette disposition ne reçoit pas son application au cas où il y a

(1) Demolombe, t. XXI, p. 477, n° 514, et les autorités qu'il cite.
(2) Bruxelles, 10 janvier 1855 (*Pasicrisie*, 1855, 2, 97).
(3) Bruxelles, 5 juillet 1860 (*Pasicrisie*, 1860, 2, 249).

un légataire institué par un testament authentique, ou envoyé en possession en vertu d'un testament olographe et mystique. La cour de Bruxelles répond très-bien que lorsque la loi ne distingue pas, il n'est pas permis à l'interprète de distinguer; et il n'y avait pas lieu de faire cette distinction. En effet, le testament, fût-il authentique, peut être entaché de nullité, ou révoqué par un testament postérieur ; il fallait donc permettre aux héritiers de requérir des mesures conservatoires (1). Il faut néanmoins y mettre la condition qu'ils aient un intérêt né et actuel, c'est-à-dire qu'ils contestent la validité du testament qui les exclut de la succession.

37. Quand l'inventaire est fait, on demande à qui les papiers seront remis. Les papiers appartiennent à celui qui est propriétaire et possesseur de l'hérédité; donc au légataire qui a la possession de droit et de fait, ainsi que la propriété, en vertu d'un testament authentique ou d'un testament sous seing privé suivi de l'envoi en possession (2). Si le président refuse d'envoyer le légataire en possession, les héritiers légitimes profiteront de la saisine que la loi leur confère, et par suite ils conserveront les papiers du défunt, ainsi que tous les effets qui lui appartiennent. Toutefois dès qu'il y a conflit, les légataires et les héritiers n'ont plus un droit certain, absolu; la contradiction qu'ils éprouvent autorise le juge à ordonner le dépôt des titres et des papiers entre les mains d'un notaire par lui désigné. L'article 943, n° 9, du code de procédure, place cette mesure conservatoire parmi celles qui peuvent être prises après la confection de l'inventaire, donc sur la demande de toute partie intéressée, du légataire universel ou des héritiers *ab intestat* (3).

38. Le successeur universel, saisi en vertu de la loi ou de la volonté du testateur, exerce tous les droits d'un propriétaire et d'un possesseur; comme tel, il a l'administration des biens. Ici revient la distinction que nous

(1) Bruxelles, 13 juillet 1836 (*Pasicrisie*, 1836, 2, 180).
(2) Bruxelles, 29 mars 1854 (*Pasicrisie*, 1855, 2, 121).
(3) Gand, 20 janvier 1845 (*Pasicrisie*, 1846, 2, 352, et 1847, 2, 78); Bruxelles, 27 avril 1853 (*ibid.*, 1854, 2, 219).

venons de faire : la saisine ne donne plus de droit absolu lorsque le titre même d'où elle résulte est contesté. La règle est, à la vérité, que provision est due au titre, donc l'administration doit appartenir au légataire, s'il est en possession de l'hérédité de droit et de fait (1). Mais l'administration du successeur saisi pourrait compromettre les droits de ceux qui attaquent son titre; cette attaque affaiblit le droit des successeurs qui ont la possession. Dans le conflit d'intérêts qui sont tous également légitimes, le juge peut et doit modifier les droits que le possesseur a en vertu de la saisine. Ainsi il a été jugé que les sommes trouvées lors de l'inventaire seraient placées (2). Les tribunaux pourraient même ordonner le séquestre des biens héréditaires, en vertu de l'article 1961 qui permet à la justice de prononcer le séquestre lorsque la propriété ou la possession sont litigieuses entre deux ou plusieurs personnes (3). On a prétendu que le juge est obligé d'ordonner le séquestre quand il est demandé par les héritiers légitimes; la cour de Gand a repoussé ces prétentions excessives, en décidant que le juge des référés doit refuser d'ordonner le séquestre tant que les héritiers légitimes n'ont pas attaqué le testament; et qu'alors même qu'ils l'attaquent, la nature des mesures conservatoires à prendre dépend du juge; la loi lui permet d'ordonner le séquestre, elle ne lui en fait pas une obligation.

N° 2. DES LÉGATAIRES NON SAISIS.

I. *De la demande en délivrance.*

1. PRINCIPE.

39. Le légataire universel n'a pas la saisine lorsqu'il y a des héritiers réservataires; ceux-ci sont saisis de préférence; le légataire est tenu de leur demander la délivrance des biens compris dans son legs (art. 1004). Nous

(1) Paris, 22 mars 1836 (Dalloz, n° 3654. 4°).
(2) Caen, 16 novembre 1844 (Dalloz, 1845, 4, 334).
(3) Agen, 31 août 1849 (Dalloz, 1851, 2, 547). Comparez Paris, 18 novembre 1871 (Dalloz, 1872, 2, 69).

avons dit, au titre des *Successions*, pourquoi la loi saisit les réservataires, alors même qu'ils semblent exclus par l'institution d'un légataire universel(1). Cela suppose qu'il y a des descendants ou des ascendants. La doctrine et la jurisprudence admettent, à la vérité, que l'enfant naturel a une réserve, mais on lui refuse la saisine. L'article 724 est formel; il n'accorde la saisine qu'aux héritiers légitimes, et l'article 756 porte que les enfants naturels ne sont pas héritiers. D'un autre côté, l'article 1004 ne prive le légataire universel de la saisine que lorsqu'il est en concours avec des héritiers auxquels une quotité des biens est réservée par la loi(2). De là suit qu'en cas de concours du légataire universel et d'un enfant naturel, c'est le légataire qui aura la saisine; partant le successeur réservataire devra demander sa part au successeur non réservataire. Cela est peu logique; c'est, à notre avis, une nouvelle preuve que l'enfant naturel n'a point de réserve. S'il en avait une, la loi aurait dû lui donner la saisine de préférence au légataire, ou du moins elle aurait assuré son droit par des garanties quelconques.

40. Les légataires à titre universel n'ont pas la saisine, alors même que leurs legs absorbent toute l'hérédité (art. 1011). Nous en avons dit la raison au titre des *Successions*. Dans ce cas, les héritiers légitimes, quoique exclus de l'hérédité, en ont la possession, et c'est à eux que les légataires à titre universel doivent demander la délivrance de leur legs, quand il n'y a pas de réservataires ni de légataires universels (art. 1011). Que faut-il décider s'il n'y a pas d'héritiers? Personne n'a la saisine, les successeurs irréguliers appelés à défaut d'héritiers n'étant jamais saisis. Nous dirons plus loin à qui les légataires devront demander la délivrance lorsqu'ils sont en concours avec des successeurs irréguliers.

41. L'article 1014, après avoir dit que tout legs donne au légataire un droit à la chose léguée du jour du décès du testateur, ajoute que le légataire particulier ne pourra

(1) Voyez le tome IX de mes *Principes*, p. 279, n° 229.
(2) Duranton, t. IX, p. 204, n° 194. Grenoble, 26 septembre 1857 (Dalloz, 1858, 2, 160).

se mettre en possession de la chose léguée qu'à compter du jour de sa demande en délivrance. Il faut donc dire des légataires particuliers ce que nous venons de dire des légataires à titre universel; quand même ils absorberaient l'hérédité, ils n'ont pas la saisine.

Il suit de là que les légataires en usufruit n'ont jamais la saisine. Dans notre opinion sur le caractère des legs d'usufruit, cela ne fait pas de doute, puisque les légataires de l'usufruit sont toujours des légataires particuliers, alors même que leur legs porte sur tous les biens du défunt; même dans l'opinion qui considère le legs de l'usufruit de tous les biens comme un legs à titre universel, ils ne sont pas saisis, les légataires à titre universel n'ayant pas la saisine. Si donc le défunt a légué l'usufruit de tous ses biens à Pierre et la nue propriété à Paul, l'usufruitier devra demander la délivrance au nu propriétaire, car c'est celui-ci qui aura la saisine.

42. Les légataires non saisis doivent demander la délivrance. Pourquoi? Bien que n'ayant pas la saisine, ils sont propriétaires et, en théorie, l'on pourrait croire qu'ils peuvent exercer tous les droits attachés à la propriété, revendiquer et se mettre ainsi eux-mêmes en possession. A quoi bon donc cette action spéciale que l'on appelle en délivrance? Pothier répond à notre question : « La propriété de la chose léguée passe à la vérité au légataire, sans aucun fait ni tradition, du jour de la mort du testateur, mais il n'en acquiert la possession que du jour de la tradition et délivrance qui lui en est faite. Jusqu'à cette tradition, l'héritier est le juste possesseur des choses léguées, comme de toutes les autres choses de la succession, et le légataire est obligé de lui en demander la délivrance, et il ne peut de lui-même s'en mettre en possession; s'il le faisait, ce serait une voie de fait pour raison de laquelle l'héritier pourrait se pourvoir contre lui (1). » La nécessité de la délivrance est donc une conséquence de la saisine; c'est une institution des coutumes. Voilà pourquoi le légataire ne s'adresse pas directement au tribunal

(1) Pothier, *Des donations testamentaires*, n° 239. Aubry et Rau, t. VI, p. 153 et suiv., et note 1.



pour être envoyé en possession; il doit s'adresser à l'héritier saisi. Cela prouve que l'objet de l'action n'est pas uniquement d'obtenir la tradition de la chose léguée; pour la tradition seule, l'intervention de l'héritier saisi serait inutile. Si le légataire doit demander la délivrance à l'héritier, c'est parce que celui-ci est investi de toute l'hérédité par la volonté même du défunt, qui l'a saisi en mourant; pour mieux dire, la saisine coutumière est une suite de la maxime, également écrite dans nos coutumes, que Dieu seul fait les héritiers. Il faut donc le consentement de l'héritier pour qu'il soit dessaisi d'une partie de l'hérédité. Il est appelé à examiner s'il y a lieu de consentir la délivrance, ou s'il doit contester la validité du legs. Dans le système coutumier, les legs ne sont pas vus avec faveur, le testateur ne peut disposer que d'une certaine partie de son patrimoine, le reste est réservé aux parents comme l'héritage de Dieu. De là la nécessité de leur consentement pour que les légataires obtiennent les biens que le défunt a pu leur donner. Il ne s'agit donc pas seulement d'une tradition, comme en matière de vente, bien que cette tradition porte aussi, dans notre droit, le nom de délivrance. La délivrance, en matière de vente, est un fait purement matériel; tandis que la délivrance que l'héritier fait au légataire est une reconnaissance du legs. C'est lors de la délivrance que s'opère le quasi-contrat qui, dans la doctrine coutumière, se fait par l'acceptation du legs; on peut dire qu'il y a plus que quasi-contrat, il y a concours de consentements. Nous insistons sur le principe parce qu'il va nous servir à décider les questions controversées qui s'élèvent sur la délivrance.

43. Nous disons que la demande en délivrance doit toujours être dirigée contre l'héritier saisi, elle ne peut pas être portée directement devant le tribunal. La question s'est présentée devant la cour de Gand. Dans l'espèce, le défunt avait institué un légataire universel, et par un codicille il avait fait des legs particuliers à ses héritiers naturels. Ceux-ci demandèrent la nullité du testament et conclurent, en même temps, à ce que les choses léguées qui devaient leur revenir dans toute éventualité, soit à

titre de légataires, soit à titre d'héritiers, leur fussent remises par provision pour être possédées entre eux, à titre de partage, en déduction de leur quote-part dans la succession *ab intestat*. Pourquoi ne s'adressaient-ils pas au légataire universel, comme le veut la loi (art. 1014 et 1011)? C'est qu'en demandant la délivrance au légataire universel ils reconnaissaient ses droits, tandis que l'objet de leur action était de les contester. Voilà pourquoi ils agirent en justice, mais le tribunal ne pouvait accueillir leur demande, car il n'a pas mission de faire la délivrance; c'est le légataire universel qui devait la consentir; il ne s'y refusait pas, mais les héritiers ne pouvaient pas la lui demander; dès lors il n'y avait pas de moyen légal pour eux d'obtenir la possession des choses qui leur étaient léguées (1).

2. EXCEPTIONS.

44. Si le légataire est copropriétaire de la chose léguée et par conséquent copossesseur, doit-il néanmoins en demander la délivrance? La même question se présente, dans des termes plus généraux, lorsque le légataire a la possession de la chose léguée, par exemple, comme emprunteur, locataire ou fermier. Ce n'est qu'une simple détention, mais le code assimile cette détention à la possession (art. 2228). Dans les deux hypothèses, le légataire possède la chose léguée au moment de l'ouverture de la succession. On en a conclu qu'il est inutile de demander la possession et que par suite il n'est pas tenu d'agir en délivrance. « Lorsque le légataire est déjà saisi, dit Troplong, le motif de la loi disparaît; il faut éviter, sous une législation aussi simple que la nôtre, les détours, les longueurs et les formalités superflues (2). » Nous avons répondu d'avance à cette objection. Si la demande en délivrance n'avait d'autre objet que le fait matériel de la tradition, on pourrait dire qu'elle est inutile quand la

(1) Gand, 7 avril 1862 (*Pasicrisie*, 1863, 2, 5).
(2) Troplong, t. II, p. 131, n° 1792, et les autorités citées par Dalloz, n°s 3816 et 3817.

tradition est inutile. Mais la délivrance implique aussi le consentement de l'héritier saisi; or, pour qu'il puisse donner ou refuser son consentement, il faut qu'on le lui demande; de là la conséquence que le légataire doit toujours agir en délivrance; dans l'esprit de la tradition coutumière, on ne conçoit pas de legs sans délivrance. Les textes du code sont en harmonie avec la tradition. L'article 1004 porte : « Le légataire universel qui est en concours avec des héritiers réservataires *est tenu de leur demander* la délivrance des biens compris dans le testament. » L'article 1011 impose la même obligation, dans les mêmes termes, au légataire à titre universel; et l'article 1004 contient une disposition analogue pour les légataires à titre particulier; il faut que la délivrance leur soit volontairement consentie, sinon ils ne peuvent se mettre en possession de la chose léguée qu'à compter du jour de la demande judiciaire formée contre les héritiers saisis. La demande judiciaire tient lieu de consentement, mais il faut toujours un consentement, soit volontaire, soit forcé.

C'est, dit-on, un circuit inutile d'actions; l'on invoque, à ce sujet, l'opinion de Pothier et l'ancien droit. La vérité est que, dans l'ancien droit, la question était déjà controversée; le sens de la tradition s'oublie avec le temps, et quand on perd de vue les origines de la saisine, il est difficile de concevoir la nécessité de la délivrance. Toutefois il n'est pas exact de dire que Pothier enseigne que la demande en délivrance est inutile lorsque le légataire est en possession de la chose léguée. Pothier ne dit pas cela, et dans sa doctrine, il ne pouvait pas le dire. Est-ce que la possession, pour mieux dire, la détention du légataire empêche l'héritier d'être saisi? et peut-il être dessaisi sans son consentement, sans même qu'il sache que le légataire possède la chose léguée? Ce que Pothier trouve inutile, c'est que le légataire remette la chose entre les mains de l'héritier et qu'ensuite l'héritier en fasse de nouveau la tradition au légataire : le légataire peut donc la retenir. Voilà tout ce que Pothier dit, il n'enseigne pas que le légataire est dispensé de former une action en dé-

livrance (1). Le légataire retient la chose, mais à quel titre? Il la détenait comme fermier : peut-il dépendre de sa seule volonté de changer sa détention de fermier en une possession de légataire? Que devient, dans cette opinion, le consentement de l'héritier que l'article 1014 exige impérieusement? L'interprète peut-il dispenser le légataire d'une obligation qui lui est imposée en termes absolus? Non, le juge ne peut pas créer d'exceptions, car ce serait faire la loi. Il ne peut pas distinguer là où la loi ne distingue pas, ce serait encore faire la loi. Ajoutons qu'il n'y avait pas lieu de distinguer, si l'on voulait rester fidèle à la tradition coutumière. Qu'importe que le légataire détienne la chose comme ayant cause du testateur? Il la détient, à vrai dire, au nom de l'héritier; pour qu'il la détienne en son nom et à titre de légataire, il faut que son titre soit interverti, et pour cette interversion, il faut le consentement de l'héritier, puisque l'héritier ne peut pas être dessaisi sans son consentement (2).

La jurisprudence est divisée comme la doctrine. On n'y trouve pas d'argument nouveau. La cour de Nîmes invoque l'autorité de Furgole et de Meynard (3); on lui oppose celle de Ricard et de Pothier. La cour de Limoges objecte la raison et l'équité; elle se fonde sur l'inutilité de la demande en délivrance (4). D'autres cours répondent, et la réponse est péremptoire, que la loi est claire et impérative et que le texte et l'esprit du code excluent toute distinction (5).

45. Le legs est fait par préciput à l'un des héritiers; doit-il faire la demande en délivrance? Il y a un motif de douter. L'héritier est saisi, cette saisine porte sur l'universalité des biens; il possède donc la chose léguée; à quoi bon dès lors en demander la délivrance? On voit que

(1) Pothier, *Des donations testamentaires*, n° 240. Duvergier sur Toullier, t. III, 1, p. 306, note 1.

(2) Aubry et Rau, t. VI, p. 154 et suiv., et notes 2, 4 et 5. Demolombe, t. XXI, p. 571, n° 618 et p. 573, n° 619.

(3) Nîmes, 5 janvier 1838 (Dalloz, n° 3817, 1°).

(4) Limoges, 21 février 1839 (Dalloz, n° 3817, 1°) et 5 juin 1846 (Dalloz, 1848, 2, 89).

(5) Poitiers, 27 juillet 1824 et Toulouse, 29 juillet 1829 (Dalloz, n° 3819). Liége, 8 décembre 1864 (*Pasicrisie*, 1867, 2, 281)

la question se confond avec celle que nous venons d'examiner, et nous croyons qu'elle doit recevoir la même solution. La loi est générale, elle ne fait pas d'exception en faveur de l'héritier saisi, et il n'y avait pas lieu d'en faire une. Qu'importe que héritier légataire par préciput soit saisi de la chose? Admettons même, ce qui pourrait être contesté, qu'il en est saisi pour le tout, il ne la posséderait, en vertu de la saisine, que comme héritier; or, la loi lui impose l'obligation d'en demander la délivrance, la possession ne suffit donc pas, car cette possession seule n'implique pas le consentement de ses cohéritiers saisis comme lui : donc il est tenu d'en demander la délivrance (1).

46. On admet généralement que le débiteur auquel le créancier lègue sa libération ne doit pas demander la délivrance de la créance. C'est une exception, et comment concilie-t-on l'exception avec la règle générale établie par la loi? En léguant la libération au débiteur, dit-on, le créancier éteint la dette; or, s'il n'y a plus de créance, de quoi le débiteur demanderait-il la délivrance? Dirat-on que, n'ayant pas obtenu la délivrance, il doit continuer à payer les intérêts? On répond que cela est impossible : peut-il y avoir des intérêts sans dette capitale? et la dette n'est-elle pas éteinte à la mort du testateur en vertu du legs de libération (2)? C'est cette dernière proposition dont nous contestons l'exactitude. Le legs de libération est une remise de la dette ; or, toute remise exige le concours de consentement du débiteur; il ne peut pas être libéré malgré lui. Faite entre-vifs, à titre gratuit, la remise est une donation, donc un vrai contrat. Faite par testament, la remise exige aussi le consentement du légataire, puisqu'il n'y a pas de legs sans acceptation. Donc la dette n'est pas éteinte à la mort du testateur; par suite

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 154 et note 3. Demolombe, t. XXI, p. 573, n° 619. En sens contraire, Coin-Delisle, p. 472, n° 30 de l'article 1014. Comparez les autorités citées par Dalloz, n° 3822.

(2) Voyez les autorités citées par Dalloz, n° 3815. Il faut ajouter un arrêt de Bruxelles, du 23 novembre 1842 et un arrêt de rejet du 23 juillet 1858, de la cour de cassation de Belgique (*Pasicrisie*, 1843, 2, 50; 1858, 1, 241). Comparez Demolombe, t. XXI, p. 574, n° 620.

le légataire doit demander la délivrance de son legs. Cela est aussi fondé en raison; il faut le consentement de l'héritier pour tout legs, puisqu'il peut les contester tous; pourquoi ne faudrait-il pas son consentement pour le legs de libération? Il est saisi, quoi qu'on en dise, de la créance léguée; il ne peut en être dessaisi que par une demande en délivrance.

47. On enseigne également que l'exécuteur testamentaire à qui le testateur a fait un legs et donné la saisine de son mobilier n'est pas tenu de demander la délivrance; il a la possession de la chose léguée, dit-on, donc il ne doit pas la demander (1). Nous croyons qu'il faut appliquer la règle générale, par la raison que le code n'y déroge pas en faveur de l'exécuteur testamentaire. La saisine qui lui est donnée comme exécuteur n'a rien de commun avec la délivrance qu'il est tenu de demander comme légataire. Ce n'est pas lui qui est appelé à consentir la délivrance, c'est l'héritier saisi, car la saisine que la loi permet au testateur de lui conférer n'enlève pas la saisine aux héritiers; or, la saisine subsistant, la conséquence est incontestable : l'héritier saisi ne peut être dessaisi qu'en vertu de la délivrance qu'il consent volontairement ou par suite d'une action judiciaire.

48. On a prétendu aussi que le testateur peut dispenser les légataires de la demande en délivrance, au moins quand il ne laisse pas d'héritiers à réserve. A notre avis, le testateur ne peut accorder cette dispense dans aucune hypothèse. La nécessité d'une demande en délivrance est une conséquence de la saisine; dire que le testateur peut affranchir ses légataires de la demande en délivrance, c'est dire qu'il peut déroger à la saisine; or, il est de principe que le testateur n'a pas le droit de disposer de la saisine, ni, par conséquent, de déroger à ses effets (n° 8). Cela est décisif. Telle est aussi la tradition. « Quand même, dit Pothier, le testateur aurait ordonné par son testament que les légataires seraient saisis de plein droit des choses qu'il leur lègue et qu'ils pourraient s'en mettre

(1) Toullier, t. III, 1, p. 306, n° 542, et tous les auteurs.

d'eux-mêmes en possession, ils n'en seraient pas moins tenus de demander la délivrance; car le testateur ne peut pas, par sa volonté, transférer aux légataires la possession des choses que la loi transfère à son héritier, et il ne peut pas non plus permettre une voie de fait, en permettant aux légataires de se mettre, de leur autorité privée, en possession des choses dont l'héritier est saisi (1). »

On objecte que le testateur peut indirectement affranchir les légataires de la demande en délivrance, en les instituant légataires universels, à défaut d'héritiers réservataires. Sans doute, il le peut, mais il ne l'a pas fait, et dès qu'il ne l'a pas fait, la loi intervient pour conférer la saisine aux héritiers légitimes. Ce n'est pas le cas de dire que l'on peut faire directement ce qu'il est permis de faire indirectement. La saisine des parents légitimes est la règle, c'était jadis une règle sans exception dans les pays de coutumes. Si le code y a dérogé, c'est par transaction, pour satisfaire aux réclamations des pays de droit écrit. C'est une concession qu'il fait à la puissance du testateur; mais pour qu'il y ait lieu à cette exception, il faut qu'il y ait un héritier testamentaire, c'est la condition sous laquelle elle permet de déroger à la saisine des héritiers; hors de cette exception, on rentre dans la règle. Etendre l'exception plus loin, c'est faire la loi.

Il y a un arrêt de la cour de Bruxelles en ce sens (2). On cite, comme ayant jugé le contraire, un arrêt de la cour d'Angers. A vrai dire, la décision est mal motivée, ou les motifs sont mal formulés. Le testateur avait distribué tous ses biens entre des légataires institués à titre particulier et à titre universel; et il avait déclaré à plusieurs reprises, et de la manière la plus formelle, que tous ses parents, hors ceux à qui il avait fait des dons, étaient déshérités et exclus de ce qu'ils pourraient prétendre. De là le jugement de première instance, confirmé en appel, conclut que l'intention du testateur était d'at-

(1) Pothier, *Des donations testamentaires*, n° 239. Comparez Dalloz, n°s 3831 et suiv., qui discute les opinions contraires.

(2) Bruxelles, 2 décembre 1830 (*Pasicrisie*, 1830, p. 217, et Dalloz, n° 3715).

tribuer aux parents de son choix tout ce qui resterait de son hérédité, en d'autres termes *sa succession tout entière*, prélèvement fait des legs particuliers(1). N'est-ce pas dire que ces parents étaient des légataires universels? Et à ce titre, il va de soi qu'ils ne devaient pas demander la délivrance.

II. *A qui la délivrance doit-elle être demandée?*

49. La nécessité de la délivrance étant une conséquence de la saisine, il s'ensuit que le légataire doit demander la délivrance à celui qui est saisi de la succession. Aux termes de l'article 1004, le légataire universel est tenu de demander la délivrance aux héritiers réservataires saisis, en vertu de la loi, de tous les biens de la succession. L'article 1011 applique le même principe aux légataires à titre universel; ils doivent demander la délivrance aux héritiers auxquels une quotité des biens est réservée par la loi; à leur défaut, aux légataires universels qui ont la saisine lorsqu'il n'y a pas d'héritiers réservataires (art. 1006); à défaut de légataires universels, aux héritiers appelés dans l'ordre établi au titre des *Successions;* lesquels, dit l'article 724, sont saisis de plein droit des biens, droits et actions du défunt. L'article 1014 applique le même principe aux legs particuliers.

50. L'application du principe donne lieu à quelques légères difficultés. Il y a un héritier réservataire et un légataire universel : à qui les légataires à titre universel et à titre particulier demanderont-ils la délivrance de leurs legs? La réponse n'est pas douteuse si la demande est intentée avant le partage qui doit se faire entre l'héritier à réserve et le légataire universel; c'est le premier qui a la saisine, c'est donc à lui que les légataires doivent s'adresser pour obtenir la délivrance des choses qui leur sont léguées; toutefois il convient que le légataire universel concoure à la délivrance volontaire ou forcée, parce que c'est lui qui, dans cette hypothèse, doit acquitter tous

(1) Angers, 3 août 1851 (Dalloz, 1851, 2, 155).

les legs (art. 1009); c'est donc lui qui a intérêt à les contester, s'il y a lieu. Quand le partage a eu lieu, les légataires ne peuvent plus actionner l'héritier à réserve, car il n'est plus saisi des biens qui leur sont légués; le texte des articles 1011 et 1014 n'est donc plus applicable. C'est le légataire universel qui a la possession des biens légués; or, celui-là seul qui possède les biens en peut consentir la délivrance, c'est d'ailleurs lui, comme nous venons de le dire, qui est intéressé à contester la validité des legs. En faut-il conclure avec Zachariæ que l'action des légataires contre le légataire universel n'est plus une action en délivrance proprement dite? Il est vrai qu'il n'y a plus de successeur saisi dans le sens spécial du mot, puisque celui qui avait la saisine s'est dessaisi de tout ce qui ne constitue pas sa réserve; mais, par contre, il a transmis la possession de droit et de fait au légataire universel, celui-ci tient donc lieu de l'héritier saisi; il est d'ailleurs le vrai débiteur du legs; nous ne voyons pas par quelle autre action que celle en délivrance les légataires à titre universel et à titre particulier obtiendraient la possession des choses qui leur sont léguées (1).

51. Il y a un successeur universel saisi, soit héritier légitime, soit légataire, et l'objet légué fait partie d'autres objets de même nature légués à un légataire à titre universel; à qui la délivrance doit-elle être demandée? La solution est la même que celle que nous venons de donner. Tant que le légataire à titre universel n'a pas obtenu la délivrance des choses comprises dans son legs, la saisine en appartient à l'héritier ou au légataire universel; on est donc dans le texte et dans l'esprit des articles 1014 et 1011. Il est vrai que, dans l'espèce, les successeurs saisis ne sont pas les débiteurs du legs; aussi conviendrait-il de faire concourir à la délivrance le légataire universel qui est le vrai débiteur, pour qu'il puisse contester la validité du legs, s'il y a lieu. Lorsque le légataire à titre universel a obtenu la délivrance de son legs,

(1) Coin-Delisle, p. 463, n° 4 de l'article 1009; Dalloz, p. 1075, n° 3886. Demolombe, t. XXI, p. 537, n° 591. Comparez Aubry et Rau, t. V, p. 162, § 721 et p. 160, § 720.

la saisine légale cesse d'exister; la possession étant transmise au légataire à titre universel, c'est à lui que les légataires particuliers doivent s'adresser pour obtenir la délivrance de leurs legs (1).

52. Il y a des héritiers légitimes qui sont saisis à défaut de légataires universels; mais la succession étant épuisée par les legs, ils renoncent. A qui les légataires demanderont-ils la délivrance de leurs legs? On répond qu'ils feront nommer un curateur, sans qu'ils doivent s'adresser successivement à chacun des héritiers jusqu'au douzième degré (2). Cette opinion s'écarte de la rigueur du droit. Les légataires sont tenus de demander la délivrance aux héritiers saisis; or, tous les héritiers légitimes le sont dans l'ordre déterminé par la loi, de sorte que la renonciation de l'héritier le plus proche fait passer la saisine sur la tête de l'héritier plus éloigné. Il ne peut être question de nommer un curateur aussi longtemps qu'il y a des héritiers connus qui sont saisis de la succession; c'est seulement quand la succession sera vacante, dans le sens légal du mot (art. 811), que les légataires pourront faire nommer un curateur contre lequel ils formeront leur demande. Il y a ici une exception au principe que nous avons formulé, d'après les articles 1004, 1011 et 1014 (n° 39); la délivrance ne peut plus être demandée à un successeur saisi, puisqu'il n'y en a pas; d'un autre côté, la loi ne permet pas aux légataires de s'adresser directement au tribunal pour obtenir la délivrance, ils doivent toujours agir contre un représentant de la succession; or, d'après l'article 811, le curateur à la succession vacante répond aux demandes intentées contre elle; la loi est générale, elle s'applique aux demandes formées par les légataires aussi bien qu'aux demandes formées par les créanciers.

53. Il ne suffit pas que les héritiers connus renoncent pour que la succession soit vacante, il faut encore qu'il ne se présente aucun successeur irrégulier qui la réclame.

(1) Bruxelles, 5 juillet 1821 (*Pasicrisie,* 1821, p. 417). Comparez Dalloz, n° 3858.

(2) Duranton, t. IX, p. 221, n° 209.

S'il y a des successeurs irréguliers, les légataires devront-ils leur demander la délivrance? L'affirmative est admise par tout le monde, en ce sens que si les successeurs irréguliers, appelés à défaut d'héritiers, sont envoyés en possession, les légataires doivent s'adresser à eux pour obtenir la délivrance de leurs legs. Il n'y a pas de texte formel qui le dise. On cite l'article 1011, d'après lequel les légataires sont tenus de demander la délivrance aux *héritiers* appelés dans l'ordre établi au titre des *Successions;* on dit que le mot *héritiers* est pris ici dans son sens le plus large, comme synonyme de *successeurs;* on ajoute que l'envoi en possession prononcé par le tribunal leur tient lieu de saisine, et étant saisis, c'est à eux que les légataires doivent s'adresser (1). Au point de vue des textes et des principes, cette interprétation est inadmissible. Quels sont les *héritiers* dont parle l'article 1011? Ce sont les héritiers saisis, car la délivrance et la saisine sont étroitement liées, l'une étant la conséquence de l'autre. Or, dans le système du code, les successeurs irréguliers n'ont pas la saisine; c'est parce qu'ils ne l'ont pas, qu'ils doivent demander la possession au tribunal. Il aurait donc fallu un texte pour obliger les légataires à s'adresser aux successeurs irréguliers. Si nous admettons cette doctrine, c'est que nous y sommes conduit par la force des principes. Les légataires ne peuvent pas se mettre eux-mêmes en possession, ce serait une voie de fait, dit Pothier; ils ne peuvent pas demander la délivrance au tribunal; c'est celui qui possède qui délivre, et qui seul a qualité de faire la délivrance, parce qu'il est seul intéressé à contester le droit de ceux qui se présentent comme légataires. A ce double titre, les successeurs irréguliers envoyés en possession ont droit et intérêt à accorder la délivrance. Les curateurs ont ce droit, comme nous venons de le dire (n°52); à plus forte raison doit-on le reconnaître aux successeurs irréguliers, qui sont propriétaires et possesseurs de l'hérédité. S'ils ne se présentent pas pour la recueillir,

(1) Duranton, t. IX, p. 222, n° 209, et tous les auteurs. Aubry et Rau, t. VI, p. 160, notes 1 et 2; Dalloz, n° 3719; Demolombe, t. XXI, p. 539, n° 593.

alors la succession sera vacante, et il y aura lieu à la nomination d'un curateur, contre lequel les légataires dirigeront leur action.

54. Si le testateur a nommé un exécuteur et s'il lui a donné la saisine de son mobilier, les légataires devront-ils demander la délivrance à l'exécuteur testamentaire ou à l'héritier? Il y a deux saisines dans ce cas et, en apparence, elles sont en conflit. En réalité, la saisine de l'exécuteur testamentaire n'empêche pas les héritiers d'être saisis; le principe doit donc recevoir son application; les légataires sont tenus de s'adresser à celui qui a la vraie saisine, c'est-à-dire à l'héritier. Cela est d'évidence pour les legs immobiliers, puisque l'exécuteur testamentaire n'a pas la saisine des immeubles. Cela est également certain pour les legs mobiliers; il est vrai que l'exécuteur peut les payer quand il a la saisine du mobilier, mais il ne doit le faire que lorsque l'héritier a consenti la délivrance du legs, car c'est l'héritier qui est le débiteur et qui a intérêt à contester la validité des legs; l'exécuteur testamentaire, comme le dit le titre qu'il porte, n'est chargé que d'exécuter; mais avant d'exécuter le legs, il faut que le legs soit reconnu, il faut donc que le vrai débiteur consente à sa délivrance (1).

55. On demande si l'action en délivrance est solidaire ou indivisible. C'est une de ces questions qui n'auraient jamais dû être portées devant les tribunaux, puisque le texte de la loi les décide. En effet, aux termes de l'article 1017, les héritiers du testateur, ou autres débiteurs d'un legs, sont personnellement tenus de l'acquitter, chacun au *prorata* de la *part* et *portion* dont ils profiteront dans la succession; si chacun des débiteurs du legs n'est obligé de l'acquitter que dans la proportion de sa *part héréditaire*, il va de soi que le légataire ne peut agir contre eux que dans cette même proportion; donc il doit diviser son action et agir contre chacun des débiteurs pour la part dont ils sont tenus. L'action se divisant, il ne peut s'agir ni de solidarité ni d'indivisibilité. Cette décision, consa-

(1) Grenier, t. III, p. 29, n° 338.

crée formellement par l'article 1017, est aussi en harmonie avec les principes qui régissent la solidarité et l'indivisibilité. Il n'y a de dettes solidaires qu'en vertu de la convention des parties intéressées ou en vertu de la loi, et dans l'espèce, il n'y a ni loi ni convention. Quant à l'indivisibilité, elle résulte de la nature de l'obligation; si le legs avait pour objet une chose indivisible, il serait indivisible; cela ne se conçoit guère dans notre droit. Supposez qu'une servitude soit léguée, il n'en résultera pas une obligation indivisible, attendu que la servitude, de même que la propriété, se transmet en vertu de la loi dès l'ouverture de la succession; la servitude étant établie par l'effet du legs, il ne peut plus être question d'une obligation ayant pour objet l'établissement d'une servitude. Restent les faits indivisibles; si un legs mis à charge de plusieurs héritiers était indivisible, il est certain que le légataire aurait une action pour le tout contre chacun des débiteurs. C'est l'application des principes sur l'indivisibilité que nous exposerons au titre des *Obligations*. Il y a loin de là à décider, comme l'a fait la cour de Toulouse, que l'action en délivrance est toujours indivisible (1). Il s'est trouvé une cour qui a condamné les débiteurs du legs à l'acquitter solidairement, ce qui donnerait aussi le caractère de solidarité à l'action en délivrance : il va de soi que l'arrêt a été cassé (2).

III. *Quand et comment la délivrance peut-elle être demandée ?*

56. Le légataire ne peut demander la délivrance de son legs que lorsque le legs est ouvert, car la délivrance implique l'acceptation du legs et son exécution; or, on ne peut accepter un legs avant qu'il existe, ni l'exécuter tant que le légataire n'a pas de droit à la chose léguée. Il suit de là que si le legs est conditionnel, le légataire ne peut agir en délivrance qu'après l'accomplissement de la condition. On a objecté que la demande en délivrance est un

(1) Toulouse, 13 avril 1839 (Dalloz, au mot *Exploit*, n° 545, 3°).
(2) Cassation, 7 novembre 1810 (Dalloz, n° 3860).

acte conservatoire et que le créancier conditionnel peut exercer tous les actes conservatoires de son droit avant que la condition soit accomplie (art. 1180). L'objection repose sur une très-fausse idée de la demande en délivrance. C'est bien plus qu'un acte conservatoire. Comme nous venons de le dire, le légataire qui agit en délivrance demande que la chose léguée dont il est déjà propriétaire lui soit délivrée; l'action tend donc, non à conserver le droit, mais à l'exercer; or, pour qu'un droit puisse être exercé, il faut qu'il existe (1).

Il suit du même principe que les établissements d'utilité publique ne peuvent pas demander la délivrance des legs qui leur sont faits tant qu'ils n'ont pas obtenu l'autorisation de les accepter. Nous avons examiné la question ailleurs (t. XI, p. 410, n° 298).

57. La loi dit que les légataires doivent *demander* la délivrance, ce qui implique une action judiciaire; toutefois elle ajoute que la délivrance peut être volontairement consentie (art. 1005 et 1014). Cela est très-juridique. La délivrance n'est autre chose qu'une manifestation de consentement; l'héritier saisi consent à se dessaisir de la chose léguée en la remettant au légataire. S'il y consent volontairement, toute demande judiciaire devient inutile. La loi ne soumet la délivrance volontaire à aucune condition spéciale de forme; on applique donc les principes généraux qui régissent le consentement. Il peut être exprimé par paroles ou par des faits; c'est dire que la délivrance peut être expresse ou tacite.

La délivrance expresse n'est pas un fait solennel; l'écrit qui la constate n'est qu'une question de preuve, et la preuve peut se faire conformément aux principes généraux de droit. Il a été jugé qu'elle peut résulter de la correspondance des parties intéressées. Cela n'est pas douteux (2).

La délivrance tacite donne lieu à quelque doute, non quant au principe, mais quant à l'application. Il importe

(1) Comparez Rejet, 13 novembre 1849 (Dalloz, 1849, 1, 298) et 24 mars 1852 (Dalloz, 1852, 1, 113).
(2) Rejet, 22 avril 1852 (Dalloz, 1852, 1, 151).

de préciser en quoi consiste la délivrance volontaire, pour que l'on puisse apprécier les faits d'où l'on prétend induire cette délivrance. C'est plus qu'une simple tradition, ou la volonté de faire tradition de la chose léguée. La délivrance implique l'approbation du legs, puisqu'elle en est l'exécution. Ainsi l'héritier qui délivre le legs, l'approuve; c'est dire qu'il renonce au droit qu'il pouvait avoir d'en demander la nullité. En ce sens, la délivrance est une confirmation du legs; or, le simple consentement de remettre la chose léguée au légataire n'emporte pas confirmation du legs; nous avons exposé plus haut les conditions requises pour que l'exécution du testament vaille confirmation (1). C'est avec ces restrictions et ces réserves qu'il faut admettre la délivrance tacite (2).

58. Quand la délivrance est-elle tacite? Il a été jugé que l'exécution volontaire du legs équivaut à la délivrance (3). C'est l'expression dont la loi se sert pour définir la confirmation tacite (art. 1338). Un seul et même acte vaudra donc délivrance et confirmation, bien entendu pourvu que les conditions requises pour la confirmation existent; si, malgré l'exécution, il n'y a pas confirmation, l'héritier pourra toujours demander la nullité du legs, et par suite anéantir les effets de la délivrance. On doit regarder comme exécution du legs le payement que l'héritier, débiteur du legs, ferait des intérêts d'un legs d'usufruit; la cour de Bordeaux l'a jugé ainsi, et en a déduit cette conséquence que l'héritier devait continuer le payement des intérêts sans qu'il pût opposer au légataire qu'il n'avait pas demandé la délivrance de son legs (4). Cela est trop absolu, l'héritier peut toujours agir en nullité du legs, à moins que l'exécution ne vaille confirmation.

Y aurait-il délivrance tacite si le légataire se mettait en possession de la chose léguée au vu et au su des héritiers, ou si ceux-ci le laissaient dans la possession qu'il avait lors du décès du testateur? La jurisprudence est

(1) Voyez le tome XIII de mes *Principes*, p. 514-529, nos 459-473.
(2) Comparez Demolombe, t. XXI, p. 578, n° 629.
(3) Rejet, 16 novembre 1836 (Dalloz, n° 2561, 1°).
(4) Bordeaux, 29 mai 1839 (Dalloz, n° 3880).

divisée. Nous croyons que la question ne reçoit pas de solution absolue. Il y a délivrance tacite quand l'héritier pose un acte auquel on ne peut donner d'autre interprétation sinon que l'héritier consent à remettre la chose léguée au légataire, en approuvant le legs. C'est au juge à apprécier l'acte, et l'on conçoit que l'appréciation diffère d'une espèce à l'autre, puisque le caractère de l'acte peut varier. Tout ce qu'il est permis de dire, en termes généraux, c'est que le silence seul des héritiers n'est pas un consentement. L'adage que celui qui se tait est censé consentir n'est vrai que si celui qui garde le silence était obligé de manifester sa volonté. Or, rien n'oblige les héritiers de se prononcer tant qu'on ne leur demande rien; et ce n'est certes pas leur demander quelque chose que de se mettre en possession, par une pure voie de fait, d'une chose dont les héritiers ont la saisine. Tout ce qui résulte de cette voie de fait, c'est que les héritiers ont une action pour la réprimer. Il faudrait donc d'autres faits et d'autres circonstances pour que l'on pût induire de l'inaction des héritiers qu'ils consentent à la délivrance. Dans l'espèce suivante, il a été jugé avec raison, nous semble-t-il, qu'il y avait délivrance tacite. Un légataire d'usufruit fait procéder à un inventaire contradictoirement avec les héritiers du testateur, qui lui ont reconnu la qualité d'usufruitier de tous les biens de la succession, en s'attribuant à eux-mêmes la qualité de nus propriétaires; puis le légataire se met en possession des biens en présence des héritiers et sans opposition de leur part. Il y a là plus que le silence des héritiers et leur inaction, il y a un fait, celui de prendre la qualité de nu propriétaire, ce qui implique la reconnaissance du droit de l'usufruitier, et c'est précisément cette reconnaissance qui est le caractère essentiel de la délivrance (1).

Mais nous n'oserions pas décider, comme l'a fait la même cour, qu'il suffit que les légataires se mettent en possession sans opposition des héritiers, et que ceux-ci continuent à jouir pendant un temps plus ou moins long

(1) Limoges, 13 novembre 1840 (Dalloz, n° 3881, 2°

pour qu'il y ait délivrance tacite (1); une voie de fait ne se change en droit que lorsque la prescription éteint l'action qui naît de la voie de fait (2). Par la même raison, nous n'admettrions pas, comme l'a jugé la cour de cassation, que la longue possession des immeubles par l'usufruitier légataire soit une preuve de la délivrance volontaire (3); si, dès le principe, la possession du légataire n'était pas la conséquence de la délivrance consentie, elle n'est qu'un acte de violence, et nous ne voyons pas comment une voie de fait puisse devenir, en se prolongeant, la preuve d'un droit.

59. A défaut de délivrance volontaire, le légataire doit la demander, et la demande en droit implique une action judiciaire (art. 1153, 1154 et 1479). Une sommation que le légataire signifierait à l'héritier serait insuffisante (4). La sommation manifeste bien la volonté du légataire d'obtenir la délivrance, mais si l'héritier ne l'accorde pas, il faut l'y contraindre, donc un jugement est nécessaire. C'est l'application de notre principe : délivrer c'est consentir. A défaut d'un consentement volontaire, il faut un consentement forcé, suite du contrat judiciaire.

L'action doit être intentée devant le tribunal du lieu où la succession s'est ouverte. C'est l'application de la règle générale établie par le code de procédure ; en matière de succession, le défendeur doit être assigné devant le tribunal du lieu où la succession est ouverte, quand il s'agit d'une demande relative à l'exécution des dispositions à cause de mort (art. 59). Il a été jugé que le tribunal de l'ouverture est seul compétent, alors même que la demande en délivrance aurait été formée incidemment à un ordre (5).

60. Le tribunal ne doit pas nécessairement accorder la délivrance ; ce n'est pas lui qui, à vrai dire, l'accorde, elle est demandée contre l'héritier saisi. Celui-ci peut

(1) Limoges, 12 décembre 1837 (Dalloz, n° 3881, 1°).
(2) Comparez Bourges, 1er mars 1821 (Dalloz, n° 3729). Liége, 28 décembre 1835 (*Pasicrisie*, 1835, 2, 373).
(3) Rejet de la chambre civile, 18 novembre 1840 (Dalloz, n° 808).
(4) Dijon, 14 mai 1847 (Dalloz, 1848, 2, 58).
(5) Toulouse, 22 mars 1839 (Dalloz, n° 3814). Comparez Dalloz, n° 3865.

opposer des fins de non-recevoir. Telle serait l'inscription en faux contre le testament; le tribunal décide, dans ce cas, suivant les circonstances, si l'exécution de l'acte doit être provisoirement suspendue (art. 1319). Il en serait de même si l'héritier intentait une action en nullité; si l'action est sérieuse, le juge pourra ordonner le séquestre des biens litigieux. Vainement invoquerait-on la maxime d'après laquelle provision est due au titre; oui, si le titre est valable, mais s'il est contesté, attaqué, c'est aux tribunaux à voir s'il y a lieu de donner provision au titre (1).

Le juge pourrait encore refuser la délivrance si le legs était fait sous certaines charges et que le légataire refusât de s'y soumettre. C'est ce que la cour de Bruxelles a fait dans l'espèce suivante. Le testateur, en léguant une somme de 6,000 francs à un bureau de bienfaisance, ajoute que ladite somme doit être placée sur bonne hypothèque; le légataire veut faire emploi de la somme en immeubles; il a été déclaré non recevable, et il devait l'être, le legs était son titre, et il se mettait en dehors de son titre, donc il était sans droit (2).

61. Aux termes de l'article 1016, les frais de la demande en délivrance sont à la charge de la succession. Quel est le motif de cette disposition? On dit que c'est l'application du principe qui met les frais du payement à charge du débiteur et que la succession est débitrice (3). Cela n'est pas exact. D'abord la délivrance n'est pas un simple payement, une pure tradition, comme en matière de vente; le payement suppose une dette avouée, tandis que la validité du legs peut être contestée par l'héritier; et c'est précisément pour qu'il puisse contester, qu'il est appelé à faire la délivrance. Puis est-il vrai de dire que la succession est débitrice du legs? C'est soit l'héritier légitime, soit le légataire universel ou à titre universel, soit même un légataire à titre particulier; c'est donc ce débiteur qui devrait supporter les frais, si l'on appliquait

(1) Liége, 19 février 1810 (Dalloz, n° 3868). Bruxelles, 13 mars 1826 (*Pasicrisie*, 1826, p. 85).
(2) Bruxelles, 6 décembre 1851 (*Pasicrisie*, 1853, 2, 35).
(3) Coin-Delisle, p. 473, n° 1 de l'article 1016.

le principe du payement. La délivrance est un concours de volontés par lequel le legs est accepté et approuvé; elle se fait donc dans un intérêt commun; voilà pourquoi c'est la succession qui en supporte les frais.

L'article 1016 ajoute : « Sans néanmoins qu'il puisse en résulter de réduction de la réserve légale. » Quand le réservataire est en cause, il y a un légataire qui prend l'universalité des biens, déduction faite de la réserve; c'est le légataire qui, dans cette hypothèse, supporte seul les legs (art. 1009); il est donc juste que les frais soient prélevés sur les biens qui reviennent au légataire; c'est lui qui profite de la caducité des legs, il doit aussi en supporter les frais.

La règle établie par l'article 1016 n'est pas aussi absolue qu'elle en a l'air. Si le défendeur à l'action en délivrance élève des prétentions mal fondées, s'il oppose des fins de non-recevoir qui prolongent inutilement les débats, les frais doivent être mis à sa charge en vertu du droit commun : c'est celui qui occasionne les frais qui doit les supporter. La jurisprudence est en ce sens (1), et elle ne fait pas même exception pour les réservataires; pourquoi auraient-ils le privilége de faire des frais inutiles qui retomberaient sur les légataires (2)?

Enfin, l'article 1016 porte que les droits d'enregistrement seront dus par le légataire; ce sont des frais de mutation, c'est-à-dire d'acquisition que le droit commun met à la charge de l'acquéreur. L'article 1016 ajoute que chaque legs peut être enregistré séparément, sans que cet enregistrement puisse profiter à aucun autre qu'au légataire ou à ses ayants cause. Cette disposition déroge au droit antérieur, d'après lequel le légataire qui voulait profiter de son legs devait faire enregistrer tout le testament, sauf à poursuivre, contre chacun des autres légataires, sa part dans les frais. C'était une mesure fiscale que la justice réprouve; car il en pouvait résulter l'impos-

(1) Voyez les arrêts rapportés par Dalloz, n°s 3871 et suiv.

(2) Metz, 14 février 1820 (Dalloz, n° 3871, 5°). Rejet, 4 novembre 1857 (Dalloz, 1858, 1, 76).

sibilité, pour un légataire pauvre, d'obtenir la délivrance judiciaire de son legs.

La loi permet au testateur de déroger aux dispositions relatives aux frais, bien entendu en ce qui concerne l'application de l'article 1016. Il ne pourrait pas déroger aux règles d'ordre public qui veulent que la partie condamnée supporte les frais occasionnés par sa faute ; ce serait donner le droit de plaider à tort et à travers.

IV. *Effets de la délivrance.*

62. La délivrance a pour objet de saisir le légataire de la chose léguée, en dessaisissant l'héritier qui a la saisine. Tant que le légataire n'a pas obtenu la délivrance, il ne peut se mettre en possession de la chose léguée. Pothier dit que ce serait une voie de fait dont le légataire serait responsable (n° 42). La délivrance a encore pour objer de donner au légataire la jouissance des biens ; nous traiterons à part des fruits, cette matière donnant lieu à de grandes difficultés. Enfin le légataire qui n'a pas obtenu la délivrance ne peut pas agir contre les détenteurs des choses léguées. Ici il y a quelque doute. Le légataire, quoique n'étant pas saisi, est propriétaire ; n'en faut-il pas conclure qu'il a les actions réelles dérivant de la propriété ? Toullier enseigne qu'il a l'action en revendication qui appartient à tout propriétaire contre ceux qu'il trouve en possession d'une chose qui lui appartient et que le tiers possesseur contre lequel cette action serait dirigée ne pourrait pas opposer au légataire le défaut de délivrance de la part de l'héritier : ce serait, dit Toullier, exciper du droit d'un tiers (1). Déjà, dans l'ancien droit, cette question était controversée. Les jurisconsultes des pays de droit écrit disaient, comme Toullier, que le légataire étant propriétaire peut revendiquer ; Furgole qualifie l'opinion contraire d'erreur. On suivait cette dernière opinion dans les pays de droit coutumier. Selon notre droit français, dit Pothier, lorsque la chose léguée se

(1) Toullier, t. III, 1, p. 317, n° 572.

trouve en la possession d'un tiers détenteur, le légataire, pour pouvoir la revendiquer contre ce tiers, doit préalablement se faire saisir de son legs par l'héritier ou autre successeur grevé de la prestation du legs (1).

Ce point est considérable, et il y faut insister, il nous donne une idée exacte de ce que c'est que la délivrance: elle est requise pour que le légataire ait l'exercice du droit de propriété. Il est propriétaire; comme tel, il devrait avoir les actions relatives à la propriété; néanmoins le droit français les lui refuse. C'est que son droit de propriété n'est pas encore reconnu, c'est seulement par la délivrance qu'il sera constaté qu'il est propriétaire; jusque-là sa propriété reste un droit abstrait, qu'il peut vendre, il est vrai, et qu'il transmet à ses héritiers, mais dont il n'a pas l'exercice. Cela paraît contradictoire, et nous comprenons que les jurisconsultes habitués à la rigueur romaine repoussent cette doctrine comme une erreur. C'est sans doute pour concilier ces contradictions que la cour de cassation dit que le légataire ne devient propriétaire que par la délivrance, que jusque-là il a seulement un droit réel à la chose léguée (n° 2). A notre avis, c'est aller trop loin; on ne peut pas nier que le légataire soit propriétaire; la tradition et la loi le disent; mais la tradition dit aussi que le légataire n'a point l'exercice de la propriété, et dans une matière qui vient des coutumes, la tradition coutumière est décisive.

Pour concilier le droit romain avec le droit coutumier, Merlin propose de permettre au légataire d'agir contre le tiers possesseur en mettant l'héritier en cause, afin qu'il fasse la délivrance au légataire en même temps que le tiers possesseur sera évincé (2). Il nous semble que l'on cherche vainement à concilier des principes qui sont contraires. Le droit romain ignorait la délivrance, tandis qu'elle est fondamentale en droit français. Mieux vaut s'en tenir à la tradition française et décider que le léga-

(1) Pothier, *Des donations testamentaires*, n° 287. Furgole, chap. X, n° 56 (*Œuvres*, t. III, p. 402).
(2) Merlin, *Répertoire*, au mot *Légataire*, § V, n° X (t. XVI, p. 461).

taire ne peut pas agir tant qu'il n'a pas obtenu la délivrance (1).

63. Nous disons que le légataire est propriétaire avant la délivrance, mais que son droit de propriété est un droit abstrait, en ce sens qu'il n'en a pas l'exercice. Ce n'est pas à dire que ce droit soit sans effet. Que l'on ne se hâte pas de nous accuser de contradiction. La doctrine que nous exposons n'est point logique, nous l'avouons, mais c'est la doctrine de la tradition coutumière. La cour de cassation a jugé que le droit résultant d'un legs n'est pas une simple créance, que c'est un droit de propriété; et elle en a tiré cette conséquence remarquable que le droit à la chose léguée n'est pas susceptible de s'éteindre par confusion. Deux époux font des legs l'un au profit de l'autre; l'époux légataire décède sans avoir obtenu la délivrance; les enfants sont tout ensemble héritiers de leur père et de leur mère; si le legs ne leur donnait qu'une créance, ils réuniraient en leur personne les qualités de créancier et de débiteur, et par suite il y aurait confusion et extinction du droit. Mais ils sont propriétaires et ils conservent leur droit de propriété, car la propriété ne s'éteint point par confusion. Peu importe que le légataire n'eût pas demandé la délivrance, car il ne s'agissait pas d'exercer le droit de propriété, il s'agissait uniquement de la transmission du droit; or, le légataire transmet son droit, bien qu'il vienne à mourir avant d'en avoir obtenu la délivrance (2).

Le légataire peut-il vendre avant d'avoir demandé la délivrance de son legs? Celui qui vend transmet à l'acheteur les droits qu'il a; donc quelle que soit la nature d'un droit, on peut le céder, à moins que, par exception, la loi ne le déclare intransmissible. Rien n'empêche donc le légataire d'aliéner son droit. C'est, à notre avis, un droit de propriété; la cour de cassation a jugé que c'est un droit réel immobilier dont le légataire peut disposer (3).

(1) Comparez Duranton, t. IX, p. 208, n° 200; Demolombe, t. XXI, p. 580, n° 632. Aubry et Rau, t. VI, p. 158 et note 17.
(2) Rejet, 16 novembre 1853 (Dalloz, 1853, 1, 325).
(3) Cassation, 2 décembre 1839 (Dalloz, au mot *Enregistrement*, n° 5993).

Nous avons critiqué cette décision (n° 2), bien que nous comprenions les scrupules de la cour : il lui répugne de voir un droit de propriété là où elle n'aperçoit pas tous les effets de la propriété. C'est précisément à raison de ces inconséquences et de ces contradictions que nous maintenons le droit de propriété du légataire, car ces inconséquences et ces contradictions font comprendre ce qu'il y a de particulier dans la délivrance du droit français.

Quel que soit le nom que l'on donne au droit du légataire, il est certain que ce droit est dans son domaine, il fait partie de son patrimoine, c'est un bien, il est donc le gage de ses créanciers, comme ses autres biens ; les créanciers peuvent le saisir et le faire vendre (1), bien entendu que l'acheteur n'acquerra que les droits de son auteur ; il devra demander la délivrance, et l'héritier pourra la lui refuser, en contestant la validité du legs. Le droit du légataire est, en définitive, un droit de propriété, mais qui reste incertain, contestable, tant que l'héritier n'a pas consenti la délivrance.

64. Maintenant que nous connaissons l'objet de la délivrance, il est facile d'en déterminer les effets. La saisine, avec toutes ses conséquences, passe de la tête de l'héritier sur la tête du légataire. C'est plus qu'une tradition, puisque la cour de cassation a pu dire, avec une apparence de vérité, que c'est par la délivrance que le légataire devient propriétaire, tandis que la tradition n'est plus requise, dans notre droit moderne, pour la transmission de la propriété. C'est au légataire qu'appartiennent, après la délivrance, toutes les actions relatives à la chose léguée. Il suit de là que le légataire universel a seul les actions en nullité concernant les legs particuliers, à l'exclusion des héritiers légitimes, fussent-ils réservataires. S'il est en concours avec des héritiers qui n'ont pas la saisine, il est saisi de toute l'hérédité, à l'exclusion des héritiers naturels ; la conséquence est qu'à lui seul appartiennent les actions en nullité. Cela est aussi fondé en

(1) Bruxelles, 25 août 1814 (*Pasicrisie*, 1814, p. 209, et Dalloz, n° 3724). Cassation, 15 mai 1839 (Dalloz, n° 3616).



raison. Qui profite de la nullité des legs? Ce ne sont pas les héritiers légitimes, puisque le testateur les a exclus; c'est le légataire universel, lui seul a donc droit et intérêt à agir (1). Les héritiers légitimes ont essayé de contester, sinon le principe, du moins les conséquences du principe (2). Quand les legs sont contraires à l'ordre public, quand ils sont faits à des congrégations religieuses, ne doit-on pas dire que le légataire universel est un légataire fictif qui a pour seule mission de faire parvenir les biens légués à des incapables? Les biens ont été légués, dans ce cas, non pour diminuer le legs universel, mais pour dépouiller les héritiers. N'est-ce pas à ceux que le testateur a voulu priver des biens légués, alors qu'il n'avait pas le droit de les donner, que doit appartenir l'action en nullité? Il y a quelque chose de fondé dans ces prétentions. Si le légataire universel est réellement un légataire fictif, s'il n'a été institué que pour enlever aux héritiers légitimes l'action en nullité, en leur enlevant l'intérêt qu'ils auraient à agir, il est certain que les tribunaux réprimeront la fraude, qui se prévaut de la loi même pour faire fraude à la loi : nous l'avons dit ailleurs. Mais si le legs universel est sérieux, et c'est au juge du fait à le décider, les héritiers légitimes ne peuvent plus avoir d'action, car l'institution d'un légataire universel a pour objet et pour effet de les exclure de tout droit (3).

Il en serait de même si le légataire universel était en concours avec un héritier à réserve. Le légataire doit, dans ce cas, demander la délivrance au réservataire; tant qu'il ne l'a pas obtenue, il ne peut pas agir; mais dès que la délivrance est faite, les actions en nullité des legs à titre universel ou à titre particulier lui appartiennent; l'héritier réservataire est sans intérêt et par suite non recevable à demander la nullité du legs, la nullité ne devant profiter qu'au légataire universel (4).

65. Les mêmes principes reçoivent leur application à

(1) Rejet, 3 mars 1857 (Dalloz, 1857, 1, 198).
(2) Rejet, 17 août 1852 et 17 mai 1852 (Dalloz, 1852, 1, 263 et 9)
(3) Comparez le tome XI de mes *Principes*, p. 558, n° 422. 28
(4) Dijon, 5 février 1863 (Dalloz, 1863, 2, 53).

l'administration des biens. En général, c'est à l'héritier saisi qu'appartient l'administration de l'hérédité. Mais du moment que le légataire a obtenu la délivrance de son legs, il est propriétaire et possesseur, donc aussi administrateur. Il y a cependant quelque difficulté lorsque le légataire universel est en concours avec un héritier à réserve. Quand il a obtenu la délivrance par suite d'une demande judiciaire, son droit à l'administration des biens est le même que celui de l'héritier réservataire; l'un et l'autre sont propriétaires et possesseurs. S'il y a procès sur la validité du testament, qui aura l'administration pendant le litige? Il ne peut pas s'agir de partager l'administration, puisque le droit du légataire est contesté. Le tribunal confiera-t-il l'administration pour le tout, soit au réservataire, soit au légataire? Cela a été jugé ainsi (1); mais c'est compromettre le droit et les intérêts de l'une des parties qui sont en cause. Nous préférons la décision de la cour de Gand, qui a prononcé le séquestre; c'est une mesure conservatoire qui sauvegarde tous les intérêts et prévient les difficultés et les procès qui naîtraient infailliblement d'une administration litigieuse (2).

V. *Des fruits.*

1. PRINCIPE.

66. A qui appartiennent les fruits tant que la délivrance n'est pas faite? Cette question donne lieu à de sérieuses difficultés. Transcrivons d'abord les dispositions du code qui concernent les fruits.

Lorsqu'il y a des héritiers réservataires, le légataire universel est tenu de lui demander la délivrance des biens compris dans le testament (art. 1004). « *Néamoins*, dit l'article 1005, le légataire universel aura la jouissance des biens compris dans le testament à compter du jour du décès, si la demande en délivrance a été faite dans l'année depuis cette époque; sinon cette jouissance ne com-

(1) Toulouse, 27 juin 1835 (Dalloz, n° 3727).
(2) Gand, 13 juin 1856 (*Pasicrisie*, 1856, 2, 386).

mencera que du jour de la demande formée en justice, ou du jour que la délivrance aurait été volontairement consentie. »

La loi ne dit rien des légataires à titre universel, sinon qu'ils sont tenus de demander la délivrance aux héritiers saisis ; elle ne dit rien de la jouissance des fruits.

Quant aux légataires à titre particulier, l'article 1014 commence par dire qu'ils ont droit à la chose léguée du jour du décès du testateur, puis il ajoute : « Néanmoins le légataire particulier ne pourra se mettre en possession de la chose léguée, ni en prétendre les fruits ou intérêts qu'à compter du jour de sa demande en délivrance, ou du jour que cette délivrance lui aurait été volontairement consentie. »

Que faut-il décider du légataire à titre universel? Doit-on l'assimiler au légataire universel ou au légataire particulier?

La solution de la difficulté dépend du point de savoir quel est le principe qui régit les fruits en matière de saisine. Le principe même est controversé. Nous croyons que les fruits appartiennent à l'héritier saisi jusqu'à ce qu'il ait fait la délivrance des choses léguées; que par suite le légataire à titre universel ne gagne les fruits qu'à partir de la délivrance, de même que le légataire particulier. Mais telle est la confusion qui règne en cette matière, que nous sommes obligé de combattre ceux-là mêmes qui partagent notre avis, car ils fondent leur opinion sur des motifs qu'il nous est impossible d'accepter.

La plupart des auteurs posent en principe que les fruits appartiennent au possesseur, et ils appliquent ce prétendu principe à l'héritier saisi (1). Si cela était vrai, notre question serait singulièrement simplifiée. Mais où est-il dit que les fruits appartiennent au possesseur? Ouvrons le code; nous y lisons que les fruits appartiennent au propriétaire par droit d'accession (art. 547). Voilà notre règle. Si, dans l'article 549, la loi ajoute que le simple posses-

(1) Coin-Delisle, p. 467, n° 11 de l'article 1005; Marcadé, t. IV, p. 72, n° 2 de l'article 1005. Il y a un arrêt formel en ce sens de la cour de Gand, du 14 mai 1858 (*Pasicriste*, 1859, 2, 39).

seur fait les fruits siens, c'est par exception; or, toute exception doit être renfermée dans les limites que la loi a établies. Voyons donc à quelle condition le possesseur fait les fruits siens, c'est-à-dire quel est ce simple possesseur auquel l'article 549 attribue les fruits. Il faut qu'il possède de bonne foi, et l'article 550 définit le possesseur de bonne foi : c'est celui qui possède comme propriétaire en vertu d'un titre translatif de propriété dont il ignore les vices. Donc le possesseur qui gagne les fruits est un possesseur à titre de propriétaire contre lequel le vrai propriétaire revendique sa chose; naît alors la question de savoir si le possesseur évincé gagne les fruits. La loi la décide par une distinction : il les gagne s'il ignore les *vices du titre* en vertu duquel il possède, il doit les restituer s'il connaît les *vices*. Il suffit de rappeler ces principes que nous avons exposés ailleurs (1) pour se convaincre qu'ils ne reçoivent pas d'application à l'héritier saisi. Il ne possède pas les biens légués en vertu d'un titre translatif de propriété, il possède des biens qui ne lui appartiennent pas, qui sont la propriété des légataires. Alors même qu'il n'a aucune connaissance du testament, on ne peut l'assimiler à un possesseur de bonne foi, dans le sens de l'article 550; car il ne possède pas en vertu d'un titre vicié, il possède sans titre aucun, le véritable titre appartenant au propriétaire. Donc il faut laisser de côté les articles 549 et 550; ils sont étrangers à la question.

Le vrai principe est que les fruits appartiennent au propriétaire. Mais la difficulté est de savoir si ce principe s'applique en matière de succession lorsqu'il y a un héritier saisi et des légataires qui doivent lui demander la délivrance de leurs legs. La négative résulte des textes que nous venons de transcrire, notamment de l'article 1014. Il dispose que le légataire particulier est propriétaire, et néanmoins ce propriétaire ne peut prétendre les fruits ou intérêts qu'à compter du jour de sa demande en délivrance, ou du jour auquel la délivrance lui aura été volontairement consentie. Qui donc gagnera les fruits? L'héritier

(1) Voyez le tome VI de mes *Principes*, p. 270, nos 201-244.

saisi, quoiqu'il ne soit pas propriétaire. L'article 1005 contient une disposition analogue. Quand le défunt laisse un héritier réservataire et un légataire universel, le légataire universel est propriétaire à partir de l'ouverture de l'hérédité. Gagne-t-il les fruits comme tel? Non. Il doit faire une demande en délivrance. S'il ne fait pas de demande, les fruits appartiendront à l'héritier saisi, quoiqu'il ne soit pas propriétaire des biens.

La conséquence qui découle des articles 1014 et 1005 est celle-ci : en matière de succession, la loi ne suit pas les principes ordinaires qui régissent l'acquisition des fruits; ce n'est pas le propriétaire qui les gagne, ce n'est pas non plus le possesseur, en qualité de possesseur de bonne foi; c'est l'héritier saisi. Pourquoi l'héritier saisi fait-il les fruits siens? Il les gagne jusqu'à la délivrance; tel est le principe consacré par les articles 1014 et 1005, sauf l'exception que fait le dernier article; nous y reviendrons. Il y a de cela une double raison. D'abord la doctrine traditionnelle du droit français en matière de saisine et de délivrance. Le légataire, avant la délivrance, est, à la vérité, propriétaire, mais il n'a pas l'exercice de son droit de propriété; il n'a pas les actions attachées au droit de domaine (art. 451 et 452); par la même raison, il n'a pas la jouissance attachée à la propriété. S'il ne l'a pas, c'est que le seul et vrai propriétaire, dans les principes du droit coutumier, est celui que Dieu fait héritier, l'héritier du sang, celui qui seul est saisi. Quant au légataire, on ne sait pas encore s'il est propriétaire, cela dépend de la délivrance; jusque-là il ne peut avoir les droits utiles qui découlent de la propriété; ces droits appartiennent à l'héritier saisi jusqu'à ce qu'il consente à se dessaisir.

Que telle soit la doctrine des coutumes, cela ne saurait être contesté. Tous les légataires étaient sur la même ligne, par l'excellente raison qu'il n'y avait pas d'héritier testamentaire; la saisine appartenait toujours à l'héritier du sang, le défunt ne pouvait pas l'exclure (1). Reste à

(1) Ricard, IIe partie, n° 99. Pothier, *Introduction à la coutume d'Orléans*, n° 95.

voir si telle est aussi la théorie du code civil. Il est certain qu'il suit la tradition coutumière en matière de saisine, mais il y a dérogé ; il résulte de ces dérogations que la théorie de la loi est illogique et incohérente. L'article 1005 attribue les fruits au légataire universel qui est en concours avec un héritier réservataire, s'il fait sa demande en délivrance dans l'année. Voilà l'exception. Quelle en est la raison? L'exception s'explique par les travaux préparatoires. Le projet soumis au conseil d'Etat consacrait la doctrine traditionnelle, il n'accordait pas la saisine au légataire universel, et il ne lui donnait droit aux fruits qu'à partir de la délivrance. Au conseil d'Etat, les jurisconsultes des pays de droit écrit réclamèrent vivement en faveur de l'héritier testamentaire. On transigea ; or, quand on transige sur des principes, on aboutit toujours à une œuvre inconséquente. Le légataire universel est saisi lorsqu'il n'y a pas d'héritiers réservataires (article 1006). Quelle sera sa position s'il y a des descendants ou des ascendants? La loi leur donne la saisine de préférence au légataire universel; toutefois elle tient compte de la volonté du testateur, il a voulu instituer un héritier testamentaire, à l'exclusion de ses plus proches héritiers ; il a paru juste de lui accorder les mêmes droits qu'à ces héritiers; il gagnera donc les fruits s'il veut faire sa demande en délivrance dans l'année; s'il reste une année sans agir, il abdique ses droits, puisqu'il ne les fait pas valoir; la saisine reprend son empire; les réservataires gagneront les fruits jusqu'à la délivrance (1). Cela est arbitraire ; il est de la nature des transactions d'être irrationnelles, puisqu'elles dérogent aux principes. Il faut prendre la transaction telle qu'elle est, toutefois en se gardant bien d'y voir un principe nouveau. Le code maintient la doctrine traditionnelle, mais avec des exceptions. Donc l'héritier saisi gagne les fruits des choses léguées jusqu'à la délivrance, sauf ceux que la loi accorde, par exception, au légataire universel qui fait sa demande

(1) Voyez le détail des travaux préparatoires dans Troplong, t. II, p. 156, n° 1855.

dans l'année. Notre conclusion, quant au légataire à titre universel, est qu'il n'a droit aux fruits qu'à partir de la délivrance; on lui applique le principe général, parce que la loi n'y déroge point (1).

67. Dans l'opinion contraire (2), qui est consacrée par la jurisprudence des cours de Belgique, on assimile le légataire à titre universel au légataire universel; on lui accorde donc les fruits s'il fait la demande dans l'année. Pour étendre au légataire à titre universel ce que l'article 1005 dit en faveur du légataire universel, on doit donner à cette disposition une tout autre interprétation que la nôtre. Nous la considérons comme une exception, ce qui exclut toute extension, toute application analogique. Dans l'opinion que nous combattons, l'article 1005 est l'application d'un principe général, ce qui permet de l'appliquer au légataire à titre universel par identité de motifs. Quel est ce principe général? Celui du droit romain : les fruits augmentent l'hérédité; donc tous ceux qui ont droit à une quote-part de l'hérédité profitent des fruits; tel est le légataire universel, tel est aussi le légataire à titre universel. Reste à expliquer pourquoi la loi n'applique plus ce principe lorsque le légataire universel fait la demande en délivrance après l'année. Après ce laps de temps, dit-on, on rentre dans le droit commun, en vertu duquel le possesseur de bonne foi gagne les fruits parce qu'on suppose que le possesseur les a consommés. Cette explication ne suffit pas encore; il faut prouver que les héritiers saisis sont de bonne foi; pour le prouver, on imagine une *présomption de bonne foi* que le législateur établit en leur faveur; de sorte qu'ils gagnent les fruits en vertu de cette prétendue présomption, alors même qu'ils auraient connaissance du testament; ce qui revient à dire que la présomption serait une de celles qui n'admettent pas de preuve contraire (3).

(1) Comparez, en ce sens, Dalloz, n° 3728, et les auteurs qu'il cite. Bourges, 1er mars 1821 (Dalloz, n° 3729).

(2) Aubry et Rau, t. VI, p. 160, note 4. Demolombe, t. XXI, p. 542, n° 597, et les auteurs qu'ils citent.

(3) Duranton, t. IX, p. 200, n° 192, suivi par Demolombe, t. XXI, p. 511, n° 557.

Tout est imaginaire dans cette théorie. N'oublions pas que la saisine est d'origine coutumière. Et pour expliquer cette théorie, dans l'application que le code en fait aux fruits, on invoque le principe romain : *Fructus augent hæreditatem*. L'explication, à vrai dire, n'explique rien. Si l'on se prévaut d'un principe romain, il faut être logique, comme l'étaient les jurisconsultes de Rome. Admettons que les fruits augmentent l'hérédité; pourquoi cessent-ils de l'augmenter après l'année? La doctrine romaine faisant défaut, on fait appel à l'article 549 : les héritiers saisis gagnent les fruits, dit-on, comme possesseurs de bonne foi. L'explication est plus mauvaise encore que celle que l'on emprunte au droit romain. Si la bonne foi doit décider, pourquoi ne permet-on pas aux héritiers légitimes d'invoquer leur bonne foi pendant l'année qui suit l'ouverture de la succession? En réalité, il ne peut être question de bonne foi. Pour gagner les fruits comme possesseur de bonne foi, il faut avoir la bonne foi telle qu'elle est définie par l'article 550; or, la définition de l'article 550 ne reçoit pas d'application aux héritiers saisis. C'est donc une bonne foi autre que la bonne foi légale, c'est-à-dire une bonne foi inventée par les interprètes. Ils la présument! Où est la loi qui établit cette présomption? où est la loi qui déclare que la bonne foi sera présumée, alors même que les héritiers sont de mauvaise foi? Décidément, l'invention de cette bonne foi n'est pas heureuse.

68. Les cours de Belgique insistent sur une autre considération qui a du moins une apparence plus juridique (1). Le code, dit-on, décide la question des fruits pour le légataire universel et pour le légataire particulier, il ne dit rien du légataire à titre universel. Dans le silence de la loi, il faut procéder par analogie : le legs à titre universel a-t-il plus de rapport avec legs universel ou avec le legs particulier? Ainsi posée, la question n'est plus douteuse. Le légataire à titre universel prend une quote-

(1) Bruxelles, 21 novembre 1837 (*Pasicrisie*, 1837, 2, 244), et 27 mars 1867 (*ibid.*, 1867, 2, 209); Gand, 28 février 1860 (*ibid.*, 1860, 2, 162).

part de l'hérédité, son titre est donc un titre universel; cela est si vrai que, dans l'ancien droit et jusque dans le projet de code civil, on ne distinguait pas le legs à titre universel du legs universel. Les deux espèces de legs sont parfois identiques dans leur résultat : le défunt laisse un ascendant et un légataire universel; le légataire prend les trois quarts de l'hérédité, tout comme si le testateur lui avait seulement légué les trois quarts. Il y a une autre analogie qui établit en même temps une différence radicale entre le légataire à titre universel et le légataire particulier; celui-ci n'est point tenu des dettes de la succession (art. 1024), tandis que l'article 1012 dit que le légataire à titre universel est tenu, *comme le légataire universel,* des dettes et charges. N'est-il pas juste que le légataire à titre universel jouisse des fruits, alors qu'il doit rapporter les intérêts des dettes depuis l'ouverture de l'hérédité?

Nous pourrions nous contenter de répondre que ces considérations sont à l'adresse du législateur; c'est à lui de décider ce qui est juste; l'interprète ne peut pas reconnaître au légataire à titre universel un droit aux fruits parce qu'il est juste de le lui accorder. Nous ajouterons que la loi ne suit pas, pour les charges, le principe qu'elle suit pour les fruits : le légataire universel est toujours tenu des dettes et, par conséquent, des intérêts à partir de l'ouverture de la succession; cependant s'il ne fait pas la demande en délivrance dans l'année, il n'a pas droit aux fruits. Il y a une réponse plus directe à faire à la comparaison que l'on établit entre le légataire à titre universel et les légataires universels et particuliers; cette réponse est puisée dans les entrailles mêmes de notre sujet et dans le texte du code. Le droit aux fruits a une liaison incontestable avec la demande en délivrance; le légataire particulier n'a droit aux fruits qu'à partir du jour de sa demande en délivrance, ou du jour auquel cette délivrance lui est volontairement consentie; il faut également une demande en délivrance pour que le légataire universel non saisi gagne les fruits, tandis qu'il les gagne sans demande lorsqu'il est saisi. Le principe est donc

que celui qui doit faire une demande en délivrance n'a droit aux fruits qu'à partir de la demande; or, le légataire à titre universel, de même que le légataire particulier, n'est jamais saisi, il doit toujours demander la délivrance; donc il ne peut jamais réclamer les fruits qu'à partir de la délivrance. Sous ce rapport, la position du légataire universel est plus favorable; il est un héritier testamentaire; on conçoit donc que la loi lui en attribue les droits. Tandis que le légataire à titre universel est mis sur la même ligne que le légataire particulier en ce qui concerne la délivrance; il doit toujours la demander, il n'est jamais héritier; il est donc très-logique qu'il n'en puisse pas réclamer les droits.

69. Nous n'entendons pas justifier le système du code. C'est une transaction, et les transactions sur les principes ne sont pas de notre goût. La doctrine coutumière, en ce qui concerne les fruits, était plus logique. Elle donne la saisine à l'héritier légitime, dont le droit est incontestable et embrasse toute l'hérédité, puisqu'il a un droit éventuel à tous les biens. Ayant la possession des biens héréditaires, il en a par cela même la garde et l'administration, il administre donc et il conserve des biens qu'il doit délivrer aux légataires : n'est-il pas juste qu'il soit indemnisé de ses soins par les fruits qu'il recueille? Ce motif justifie même le système inconséquent du code civil. L'héritier saisi gagne toujours les fruits des *biens* qu'il doit délivrer aux légataires particuliers et, dans notre opinion, ceux des biens qui sont légués à titre universel. S'il ne profite pas des fruits des biens qui doivent être délivrés au légataire universel, c'est que sa possession n'a pas duré une année, et une possession moins qu'annale n'est pas considérée en droit; de fait, ce n'est pas l'héritier qui aura cultivé, c'est le défunt; il n'a donc le plus souvent rien à réclamer du chef de sa gestion. D'ailleurs les légataires peuvent faire cesser ce droit aux fruits en formant immédiatement leur demande en délivrance.

70. Nous avons dit que les établissements publics ne peuvent régulièrement demander la délivrance que lorsqu'ils ont été autorisés à accepter le legs (n° 56). Si la



demande est formée plus tôt et si ensuite ils obtiennent l'autorisation, auront-ils droit aux fruits à partir de la demande? Il est de jurisprudence constante que les fruits ne sont pas dus lorsque la demande est formée avant l'autorisation. La raison en est simple et décisive. Les fruits de la chose léguée ne peuvent être dus que lorsque l'héritier est légalement dessaisi et que le droit du légataire est définitivement reconnu. Cela suppose que l'héritier peut être forcé à acquitter le legs. Or, quand un legs est fait à un établissement public, le legs n'existe que lorsque le légataire est autorisé à l'accepter; jusque-là l'héritier n'est pas tenu de le payer; n'étant pas tenu de payer le capital, comment serait-il tenu de payer les intérêts? On a prétendu que la demande en délivrance est un acte conservatoire que les établissements publics peuvent faire. Nous avons déjà répondu à l'objection (n° 56); la demande en délivrance tend à l'exécution du legs, et on ne dira pas que le payement est un acte conservatoire (1).

71. Les fruits sont dus à partir du jour où la délivrance a été volontairement consentie; si elle est refusée, le légataire doit agir en justice; en ce cas, les fruits courent, non du jour du jugement, mais du jour de l'action formée en justice (art. 1005 et 1014). C'est l'application du droit commun : le demandeur doit toujours obtenir par le jugement ce qu'il aurait obtenu si sa demande avait pu être jugée immédiatement. Que faut-il décider si l'héritier saisi commence par consentir la délivrance, s'il élève ensuite des contestations sur les conditions du legs, contestations qui sont jugées contre lui? Les fruits courront-ils néanmoins à partir de la délivrance consentie par le débiteur du legs? L'affirmative a été jugée par la cour de cassation, et ne souffre aucun doute (2). La loi est formelle; il est vrai qu'elle suppose que la délivrance est volontairement consentie et que le payement se fait de suite; mais ce n'est pas en vertu du jugement que les

(1) Rejet, 13 novembre 1849 (Dalloz, 1851, 1, 298). Paris, 27 janvier 1851 (Dalloz, 1851, 2, 58), et Rejet, 24 mars 1852 (Dalloz, 1852, 1, 113). Bruxelles, 27 mars 1867 (*Pasicrisie*, 1867, 2, 209).
(2) Rejet, 15 février 1870 (Dalloz, 1871, 1, 173).

fruits sont dus, c'est en vertu du consentement, c'est-à-dire de l'approbation donnée par l'héritier saisi ; dès ce moment, le légataire est définitivement propriétaire, et comme tel, il doit gagner les fruits.

72. Quand la délivrance est demandée en justice, le procès peut durer pendant des années. S'il y a des légataires dans le besoin et que leur droit soit certain, ils peuvent demander au tribunal une provision sur les fruits et revenus de l'hérédité. C'est le droit commun (1).

73. Les principes que nous venons d'exposer s'appliquent-ils aux legs faits en usufruit? On a prétendu que l'article 604 dérogeait à l'article 1014, en ce sens que le légataire de l'usufruit était autorisé à réclamer les fruits du moment où son usufruit a été ouvert, c'est-à-dire au décès du testateur. Nous avons examiné la question au titre de l'*Usufruit* (2). Ici nous ajouterons que l'article 1014 reçoit son application même au legs universel ou à titre universel fait en usufruit. Dans notre opinion, cela n'est pas douteux, puisque nous avons enseigné que tout legs en usufruit est un legs particulier (3). Duranton enseigne, au contraire, qu'il faut appliquer à l'usufruit de l'universalité des biens la disposition de l'article 1005. Nous croyons inutile d'entrer dans ce débat ; ce que nous avons dit du legs de l'usufruit répond à l'argumentation du jurisconsulte français (4).

2. APPLICATION DU PRINCIPE.

74. Le légataire n'a, en principe, droit aux fruits qu'à partir du jour de la demande en délivrance, ou du jour auquel la délivrance lui a été volontairement consentie. Jusqu'à ce moment les fruits appartiennent à l'héritier saisi. L'application de ce principe n'est pas sans difficulté. On demande ce qu'il faut entendre par fruits et comment l'héritier et le légataire les gagnent. La question est de

(1) Gand, jugement du tribunal de première instance, 24 décembre 1855 (*Pasicrisie*, 1856, 2, 393).

(2) Voyez le tome VI de mes *Principes*, p. 449, n° 356, et p. 646, n° 521. Comparez la jurisprudence dans Dalloz, n°s 3847 et suiv.

(3) Voyez le tome XIII de mes *Principes*, p. 579, n° 526

(4) Voyez la réfutation d'Aubry et Rau, t. VI, p. 163, note 3, § 721.

savoir si l'on doit appliquer à la saisine les principes que le code établit au titre de l'*Usufruit*. Cette question se présente encore dans d'autres matières ; nous l'avons rencontrée en traitant du possesseur de bonne foi, et nous l'avons décidée affirmativement(1). C'est nécessité, disions-nous ; le code définit les fruits et la manière de les acquérir au titre de l'*Usufruit;* il applique formellement ces règles à la communauté usufruitière des biens des deux époux (art. 1403); il y déroge sous le régime dotal (article 1571); il ne s'en occupe pas ailleurs. Cependant il faut une règle quelconque pour déterminer quels produits ou revenus sont considérés comme fruits, et si on les gagne par la perception ou proportionnellement à la durée de la jouissance. Forcément il faut s'en tenir aux dispositions du titre de l'*Usufruit,* parce qu'il n'y en a pas d'autres. Ce n'est pas que cette application d'un seul et même principe à des situations diverses soit fondée en raison ; la raison demanderait que, pour des positions différentes, il y eût des principes différents. Mais c'est au législateur seul à combler la lacune qui se trouve dans le code, l'interprète ne le pourrait qu'en faisant la loi, et il n'a pas ce droit-là. On a cependant essayé de le faire; l'essai pourra être consulté par le législateur ; l'interprète ne peut accepter des distinctions qui n'ont aucun appui dans les textes (2). Les auteurs s'en tiennent aux règles de l'usufruit sans discuter la question, et la jurisprudence fait de même.

Les primes attachées à des obligations sont-elles des fruits, ou un gain attaché au capital? Des obligations souscrites à 500 francs sont remboursées à 650 francs par un tirage au sort qui se fait annuellement d'un certain nombre de ces obligations. Si ce gain est un fruit, il n'appartiendra pas au légataire particulier qui a demandé la délivrance postérieurement au tirage. Il a été jugé que c'est plutôt un accroissement exceptionnel qui se joint par

(1) Voyez le tome VI de mes *Principes*, p. 266, n° 196.

(2) Voyez les observations d'Ernest Dubois, professeur à la faculté de droit de Nancy, sur l'arrêt de la cour de Nancy, du 26 février 1870 (Dalloz, 1870, 2, 169, note).

une espèce de droit d'accession au capital (1). Cela est très-vague ; les fruits sont aussi dus par droit d'accession, de même que les intérêts. Il nous semble que ces primes ne sont autre chose qu'un supplément d'intérêt, qui se paye en une fois au lieu de se payer en même temps que l'intérêt ordinaire; c'est un appât pour les prêteurs, qui y trouvent un assez grand avantage quand leurs obligations sortent les premières. Dans cette opinion, la prime n'est due au légataire que s'il a demandé la délivrance au moment où le tirage se fait.

75. La question de savoir ce qu'il faut entendre par fruits, en matière de saisine, a donné lieu à un débat intéressant devant la cour de cassation. Les hospices de Nancy étaient institués légataires à titre universel de biens considérables parmi lesquels se trouvaient de vastes forêts de sapins. Il y a chaque année dans les sapinières un grand nombre de chablis : on appelle ainsi les arbres arrachés ou brisés par le vent. Les hospices soutinrent que les chablis n'étaient pas des fruits; au point de vue des droits de l'usufruitier, ils avaient raison; et si, à défaut de règles spéciales, il faut appliquer celles de l'usufruit, on devait décider que les chablis appartenaient aux hospices; il s'agissait d'une valeur de plus de 20,000 fr. Mais la question se compliquait par un jugement arbitral qui accordait aux héritiers, non-seulement tous les fruits, mais encore tous les *revenus*, à partir du décès jusqu'à la demande en délivrance. Il y avait encore une autre considération en faveur des héritiers. Le testateur avait toujours joui des chablis à titre de fruits; or, en matière d'usufruit des bois, c'est la jouissance du propriétaire qui détermine ce qu'il faut entendre par fruits ; si les arbres de haute futaie deviennent des fruits quand ils sont exploités comme tels par le propriétaire, il en doit être de même des chablis, La cour de Nancy jugea en ce sens, et son arrêt fut maintenu par la cour de cassation (2).

Si l'on applique les règles du titre de l'*Usufruit* en ce

(1) Aix, 16 juillet 1870 (Dalloz, 1872, 2, 81).
(2) Nancy, arrêt précité (note 1) et Rejet, 8 août 1871 (Dalloz, 1871, 1, 213).

qui concerne la définition des fruits, il faut aussi appliquer celles qui déterminent la manière dont l'usufruitier les fait siens. Les héritiers gagneront donc les fruits naturels qu'ils auront perçus avant la demande en délivrance et ils gagneront les fruits civils échus. L'application de cette règle fait du gain des fruits une véritable chance. L'héritier saisi peut gagner tous les fruits des biens légués, alors que sa saisine n'a duré que trois mois, il peut n'en gagner aucun s'il n'y a que des fruits naturels et qu'ils soient encore pendants par branches ou par racines lors de la délivrance. Nous préférerions le principe que les auteurs du code civil ont emprunté au droit romain en matière de régime dotal, c'est-à-dire le partage des fruits entre les héritiers et le légataire, à proportion du temps qu'a duré la saisine (art. 1571). Mais cette disposition est exceptionnelle dans la théorie du code ; il faut donc s'en tenir à la règle (1). Il y a un arrêt de la cour de cassation en ce sens (2).

76. Aux termes de l'article 585, l'usufruitier et le nu propriétaire ne se doivent pas compte des frais de labour et de semences qui auraient été faits avant l'ouverture de l'usufruit ou pendant sa durée. C'est une dérogation aux principes ; elle ne peut recevoir d'application aux rapports de l'héritier et du légataire, puisque le légataire ne restitue point la chose léguée à l'héritier, comme l'usufruitier la doit restituer au nu propriétaire. Reste à savoir si le légataire doit toujours récompense pour les frais de labour et de semences dont il profite. Pothier distingue ; si le testateur a fait les frais, le légataire n'en doit pas récompense, parce que le fonds est légué dans l'état où il se trouve au décès du testateur, donc labouré et ensemencé ; le légataire profite donc des frais à titre d'accessoire de son legs. Mais si l'héritier a fait les frais, le légataire doit l'indemniser, parce qu'il ne peut pas s'enrichir à ses dépens (3).

(1) Demolombe, t. XXI, p. 583, n° 639 ; Coin-Delisle, p. 468, n° 13 de l'article 1015. Dalloz, n° 3834.

(2) Rejet, 14 février 1849 (Dalloz, 1851, 5, 341).

(3) Pothier, *Des donations testamentaires*, n° 278, suivi par les auteurs modernes (Demolombe, t. XXI, p. 584, n° 639 et p. 586, n° 641).

77. Si le legs consiste en une chose qui ne produit ni fruits ni intérêts, le légataire pourra-t-il néanmoins réclamer une indemnité pour la jouissance que l'héritier conserve après la demande en délivrance? La question est très-controversée. Cependant au fond on est assez près de s'entendre. D'après la lettre de l'article 1014, on peut soutenir que le légataire n'a droit aux fruits et intérêts que si la chose est productive de fruits naturels ou civils. Mais l'article 1005 est conçu en termes plus généraux, le légataire a droit à la *jouissance* de la chose depuis la demande en délivrance; or, la jouissance comprend l'usage; le légataire a donc droit au profit que la chose léguée peut lui procurer; si l'héritier continue à en jouir, il prive le légataire d'un profit qui lui revient; donc il lui doit une indemnité pour cette jouissance; qu'on l'appelle intérêts ou dommages-intérêts peu importe, puisque le légataire aura droit, dans toute hypothèse, à la valeur pécuniaire de l'usage dont il a été privé par le fait de l'héritier. Nous devons ajouter que Pothier se prononce pour les dommages-intérêts (1).

3. EXCEPTIONS.

78. D'après l'article 1015, il y a deux cas dans lesquels les intérêts ou fruits de la chose léguée courent au profit du légataire dès le jour du décès, sans qu'il ait besoin de former sa demande en justice. D'abord lorsque le testateur a expressément déclaré sa volonté à cet égard dans le testament. Il faut que la volonté soit déclarée dans le testament, puisqu'il s'agit d'une disposition testamentaire, laquelle ne peut se faire que dans les formes prescrites par la loi. La loi exige que la déclaration soit *expresse*, parce qu'il s'agit d'apporter une exception à un principe général. On peut même s'étonner de ce que la loi permette cette exception. Le testateur n'a pas le droit de dis-

(1) Pothier, *Des donations testamentaires*, n° 282. Comparez les opinions des auteurs modernes, cités par Coin-Delisle, p. 468, n° 15 de l'article 1015, par Demolombe, t. XXI, p. 587, n° 642, et par Dalloz, n° 3838.

poser de la saisine, ni d'y déroger; il n'a pas le droit de dispenser le légataire de la demande en délivrance (nos 8 et 48). Or, le droit aux fruits est une conséquence de la saisine pour l'héritier saisi et de la délivrance pour le légataire. Le législateur permet donc de déroger à la conséquence, tandis qu'il ne permet point de déroger au principe; c'est que la conséquence ne concerne qu'un intérêt pécuniaire, le gain des fruits, donc un intérêt privé, et par suite il doit être permis aux parties d'y déroger. Mais toute dérogation à une règle générale doit être expresse. Nous avons déjà rencontré bien des fois cette expression, qui donne lieu à tant de difficultés dans l'application (art. 843, 972). Il est admis par tout le monde que la loi n'exige point de terme sacramentel; mais, à notre avis, il faut un terme quelconque, c'est-à-dire une manifestation de volonté par paroles, par conséquent des paroles écrites, puisqu'elles doivent se trouver dans un testament (1); il nous est difficile d'admettre une volonté *expresse* que l'on déduit du *caractère* et de l'*ensemble* des dispositions (2).

79. La jurisprudence se montre assez sévère en cette matière, parfois même trop sévère, nous semble-t-il. Il arrive assez souvent que le testateur détermine l'époque à laquelle la chose léguée doit être payée; les fruits seront-ils dus à partir de l'expiration du terme, avant la demande en délivrance? La jurisprudence se prononce pour la négative. Autre chose est de payer le capital, autre chose est le droit d'exiger les intérêts et les fruits. Dans l'espèce, le testateur ne parle pas même des intérêts ni des fruits; et quand le testateur ne parle pas des fruits et intérêts, il ne saurait être question d'une déclaration *expresse* (3).

Le testateur déclare que les légataires seront *saisis de leurs droits* dès l'ouverture de la succession. Cette déclaration emporte-t-elle la jouissance de la chose léguée à

(1) Coin-Delisle, p. 469, n° 20 de l'article 1015.
(2) Demolombe, t. XXI, p. 589, n° 645.
(3) Liége, 13 mai 1808 (Dalloz, n° 3911, 2°). Rejet, 1er mars 1810 (Dalloz, n° 3841, 2°), et 16 août 1843 (Dalloz, n° 175).

partir du décès du testateur? La cour de Bourges a décidé la négative et l'affirmative. Nous préférons la dernière décision, qui est aussi celle de Merlin. Le mot *saisine* est synonyme de possession, et la jouissance des fruits est attachée à la saisine; donc dire que le légataire sera saisi signifie que le testateur entend lui donner droit aux fruits. La saisine, il ne peut pas la lui donner ; il faut donc interpréter la clause de manière qu'elle ait un sens; le légataire aura le bénéfice pécuniaire résultant de la saisine, sans avoir la saisine même (1).

Peut-on induire la volonté *expresse* du testateur par argument *à contrario?* Au premier abord, la question paraît absurde. Car l'argumentation *à contrario* suppose le *silence* de la loi, ou de la disposition de l'homme, et peut-il y avoir déclaration *expresse* déduite du *silence* du disposant? La question est controversée. La cour de Limoges a jugé, sous la présidence de M. Larombière, que le testateur, en léguant une somme payable le jour où le légataire se mariera, *sans intérêt jusqu'à cette époque,* déclare d'une manière suffisamment expresse qu'il entend que les intérêts de la somme léguée courent, à partir de cette époque, de plein droit et sans demande en délivrance. Nous croyons que la cour a bien jugé. On ne peut pas dire qu'il y ait silence du testateur, il a parlé, il s'agit d'interpréter ses paroles. Or, que peut vouloir un testateur qui lègue, en vue du mariage, une somme d'argent dont les intérêts ne seront pas payés jusqu'au mariage? C'est une dot qu'il lègue, et la dot porte intérêt de plein droit, parce qu'elle doit aider le donataire à supporter les charges du mariage. Ce qui fait repousser, en principe, l'argumentation *à contrario*, c'est que le législateur ou le disposant peut encore avoir une autre volonté que celle qu'on lui suppose; tandis que la clause dont il s'agit n'aurait aucun sens si elle ne signifiait pas que les intérêts doivent courir à partir du mariage; il allait de soi qu'ils ne pouvaient pas courir avant que le capital fût

(1) Bourges, 3 février 1837 (Dalloz, n° 3842), et Merlin, *Répertoire*, au mot *Légataire*, sect. IV, § III, n° 28 (t. XVIII, p. 66). En sens contraire, Bourges, 16 janvier 1821 (Dalloz, n° 3842).

dû (1). La cour de Lyon a jugé la question en sens contraire, en se fondant sur ce qu'il n'y avait point de déclaration *expresse*, sans autre motif; mais la difficulté consiste précisément à savoir s'il y avait ou non déclaration expresse (2).

80. L'article 1015 admet une seconde exception : « Lorsqu'une rente viagère ou une pension aura été léguée à titre d'aliments. » Il y a volonté tacite, dans ce cas, résultant de l'objet du legs. Léguer des aliments, c'est supposer que le légataire en a besoin; or, le besoin existe dès l'ouverture du legs; il était inutile de dire que des prestations destinées à aider le légataire à vivre doivent lui être payées immédiatement (3). La condition essentielle pour qu'il y ait lieu à cette seconde exception est donc que le legs soit alimentaire. Il y a un arrêt de la cour de cassation qui semble se contenter du caractère de rente viagère (4); mais une rente viagère peut très-bien ne pas être alimentaire; en ce cas, l'on ne se trouve plus ni dans les termes ni dans l'esprit de l'exception, par conséquent on rentre dans la règle : les arrérages ne seront dus qu'à partir de la demande en délivrance.

81. L'article 1015 est placé sous la rubrique des *Legs particuliers*. Peut-on l'appliquer aux légataires à titre universel, en ce sens qu'ils jouiront des fruits dès le jour de l'ouverture de la succession, si le testateur a expressément déclaré sa volonté à cet égard? Il y a un motif de douter que l'on a fait valoir devant la cour de Bruxelles; le droit aux fruits est une conséquence de la saisine à laquelle, en principe, il n'est pas permis de déroger; la loi autorise la dérogation en faveur des legs particuliers, c'est une exception, et les exceptions ne s'étendent pas, fût-ce par voie d'analogie. La cour de Bruxelles a néanmoins décidé que le légataire à titre universel pouvait

(1) Limoges, 2 avril 1862 (Dalloz, 1862, 2. 87).
(2) Lyon, 24 janvier 1865 (Dalloz, 1865, 2, 50).
(3) Coin-Delisle donne une autre interprétation à l'article 1015, n° 2; elle a été combattue par tous les auteurs; nous croyons inutile d'entrer dans ce débat. Voyez Demolombe, t. XXI, p. 591, n° 651, et les auteurs qu'il cite.
(4) Rejet, 4 février 1823 (Dalloz, n° 3846).

invoquer le bénéfice de l'article 1015.. La classification du code n'est pas rigoureuse; ainsi la première disposition de la section VI est générale et s'applique, d'après les termes mêmes de la loi, à *tout* legs. Il en est de même de l'article 1015; si le législateur permet de déroger à la règle qu'il y établit, ce n'est pas parce que le legs est particulier, c'est parce que le testateur a le droit de disposer de sa chose, de la jouissance aussi bien que de la propriété. Donc la première exception consacrée par l'article 1015 est générale de sa nature (1).

82. Peut-on admettre d'autres exceptions aux effets de la saisine que celles qui sont consacrées par l'article 1015? C'est-à-dire y a-t-il d'autres cas dans lesquels le légataire jouit des fruits sans avoir fait une demande en délivrance? Il nous semble que poser la question, c'est la résoudre. Quand on dit que les intérêts et les fruits courent dès le jour du décès, cela veut dire qu'ils courent de plein droit en vertu de la loi, par exception à la règle générale d'après laquelle le légataire n'y a droit qu'en vertu de la délivrance. Or, les exceptions ne s'étendent pas. La jurisprudence admet cependant qu'il y a des cas où le légataire gagne les fruits dès l'ouverture de la succession sans aucune demande en délivrance.

Il a été jugé que le légataire qui se met en possession au vu et au su des héritiers saisis fait siens les fruits qu'il perçoit; on admet qu'il y a, dans ce cas, délivrance tacite (n° 44). Nous avons contesté le principe, et nous rejetons la conséquence que l'on en déduit; à moins qu'il ne résulte des faits et des circonstances qu'il y a réellement délivrance tacite, comme l'a jugé la cour de Bruxelles (2); alors on rentre dans le texte et dans l'esprit de la règle générale.

La même question se présente lorsque le légataire était en possession lors du décès du testateur et que les héritiers l'y ont laissé, et nous la décidons dans le même sens. Il y a un arrêt de la cour de Bruxelles en faveur du

(1) Bruxelles, 16 mai 1829 (*Pasicrisie*, 1829, p. 179, et Dalloz, n° 3732).
(2) Bruxelles, 27 juillet 1830 (*Pasicrisie*, 1830, p. 192). Comparez Limoges, 12 décembre 1837 (Dalloz, n° 3733).

légataire. Dans l'espèce, le légataire était locataire; dès l'instant du décès, dit la cour, il est devenu propriétaire, et comme on ne peut pas être locataire de sa propre chose, le titre de sa possession a été interverti; il a possédé depuis lors comme légataire, donc il doit faire les fruits siens; si la loi les attribue, en général, à l'héritier saisi, c'est qu'elle suppose qu'il possède; s'il ne possède pas, il ne peut avoir droit aux fruits (1). Nous croyons que la décision est fondée sur une fausse notion de la délivrance. Elle n'a pas seulement pour objet la tradition; si l'héritier saisi doit faire la délivrance et si, jusqu'à la délivrance, il gagne les fruits, c'est que la délivrance est une approbation du legs (n° 62). Il n'est donc pas vrai de dire que le titre du légataire est interverti par l'ouverture du testament; il ne l'est que par le consentement de l'héritier; tant que l'héritier ne lui a pas fait la délivrance, le légataire possède comme locataire, et doit par conséquent payer le loyer. Il y a des arrêts dans le sens de notre opinion (2). La cour de Liége dit très-bien que le légataire qui détient la chose léguée à titre de locataire ne peut prétendre à la faveur d'une exception que la loi ne consacre pas et qui l'autoriserait, au préjudice de la saisine légale, à intervertir la cause de sa possession sans l'intervention de l'héritier saisi, appelé à consentir la délivrance.

83. Il a été jugé que l'héritier réservataire à qui un legs a été fait par préciput ne doit pas demander la délivrance de la chose léguée. Il est saisi, dit-on, il possède; peut-il réclamer une possession qu'il a déjà? et contre qui agirait-il? contre lui-même (3)? Ces motifs donnés par la cour de Montpellier sont loin d'être déterminants. Pour que la question se présente, il faut supposer qu'il y a plusieurs héritiers; celui qui est tout ensemble réservataire

(1) Bruxelles, 24 mars 1830 (*Pasicrisie*, 1830, p. 86, et Dalloz, n° 3817, 2°). Comparez Riom, 11 avril 1856 (Dalloz, 1857, 2, 22. L'arrêt ne donne pas de motifs). Grenier, t. II, p. 687, n° 301.

(2) Paris, 25 mars 1829 (Dalloz, n° 3633). Liége, 3 décembre 1864 (*Pasicrisie*, 1867, 2, 281).

(3) Montpellier, 3 mai 1858 (Dalloz, 1860, 2, 38). Dans le même sens, mais sans motifs, Riom, 11 avril 1856 (Dalloz, 1857, 2, 22).

et légataire n'est saisi que de sa part héréditaire, il ne possède pas la chose léguée comme légataire, il la possède par indivis avec ses cohéritiers, lesquels ont droit et intérêt à contester le legs; donc ils doivent consentir à la délivrance. Dans l'ancien droit, on avouait que telle était l'opinion la plus juridique, mais on la trouvait rigoureuse (1). Soit, mais il n'appartient qu'au législateur de modérer la rigueur du droit.

84. L'exécution partielle d'un legs vaut-elle délivrance? Oui, car l'héritier qui exécute le legs, fût-ce partiellement, reconnaît le legs, il consent à le délivrer, et c'est ce consentement, cette approbation qui constitue la délivrance. Il y a un arrêt en ce sens (2), et c'est aussi l'opinion des auteurs, sauf le dissentiment de Coin-Delisle, qui invoque les principes généraux sur les obligations. Quand une dette, dit-il, est reconnue conventionnellement et que le créancier accorde un délai au débiteur sans stipuler d'intérêts, il n'y a aucun droit (3). Il nous semble que le droit commun n'a rien à faire dans ce débat. D'après l'article 1154, il faut une demande judiciaire pour faire courir les intérêts, ou une convention spéciale. La loi ne suit pas ce principe en matière de saisine. Il n'est pas requis que le légataire demande les intérêts, il suffit qu'il agisse en délivrance. Il n'est pas nécessaire qu'il y ait une convention spéciale pour que le légataire ait droit aux intérêts; il suffit que la délivrance lui soit consentie. Donc c'est le consentement de l'héritier à la délivrance qui donne au légataire le droit aux intérêts et aux fruits. Or, l'exécution du legs est un consentement tacite, plus énergique même que le consentement exprès. Cela est décisif. Ceci n'est donc pas une exception, c'est l'application de la règle.

85. Les auteurs sont d'accord avec la jurisprudence pour décider que le légataire a droit aux fruits et intérêts échus avant sa demande en délivrance, lorsqu'il a été em-

(1) Grenier, t. II, p. 697, n° 303.
(2) Montpellier, 3 août 1825 (Dalloz, n° 3877).
(3) Troplong, n° 1883, t. II, p. 163. En sens contraire, Coin-Delisle, p. 468, n° 16 de l'article 1015.

pêché de la faire par le dol de l'héritier qui, connaissant l'existence du testament, l'a cachée au légataire. Il est certain que le légataire a une action contre l'héritier; mais il importe de la préciser. D'abord il ne suffit pas, comme le dit Grenier, que le légataire ait ignoré l'existence du testament; l'équité exigerait sans doute qu'il eût droit aux fruits, puisqu'il n'a pas pu faire de demande en délivrance, mais l'équité ne donne pas d'action, et l'équité ne peut pas enlever à l'héritier les droits qu'il tient de la saisine (1). Les auteurs anciens exigent qu'il y ait dol (2). Pothier dit que le légataire doit justifier de quelque manœuvre par laquelle l'héritier, en lui cachant le legs, l'a empêché d'en demander la délivrance. C'est donc à raison de son dol que l'héritier est tenu; ce qui revient à dire qu'il doit les dommages-intérêts. Ainsi le légataire ne peut pas demander les intérêts et les fruits perçus, il doit conclure à des dommages-intérêts que le tribunal estimera. Ces dommages-intérêts peuvent dépasser le montant pécuniaire des fruits perçus; la cour de Bruxelles a jugé que le légataire a droit à la répartition de tout le préjudice que le dol lui a causé, par conséquent aux intérêts et aux intérêts des intérêts (3).

§ IV. *Obligations des légataires.*

ARTICLE 1. Du payement des dettes.

N° 1. QUELS LÉGATAIRES SONT TENUS DES DETTES.

86. En principe, tout successeur à titre universel est tenu des dettes, tandis que les successeurs à titre particulier n'en sont pas tenus. La raison en est que les dettes sont une charge de l'universalité des biens; donc tous ceux qui succèdent à l'universalité des biens ou à une

(1) Grenier, t. II, p. 674, n° 297. En sens contraire, Vazeille, t. III, p. 47, n° 2 de l'article 1014.

(2) Domat, *Lois civiles*, partie II, liv. IV, sect. VIII, n° 3. Pothier, *Introduction au titre XVI de la coutume d'Orléans*, n° 96.

(3) Bruxelles, 11 mai 1859 (*Pasicrisie*, 1859, 2, 219). Comparez Bruxelles, 29 juin 1815 et 12 avril 1817 (*Pasicrisie*, 1815, p. 426; 1817, p. 367, et Dalloz, n° 3851, 1° et 2°).

quotité de l'universalité doivent supporter les dettes dont les biens sont grevés, soit pour le tout, s'ils prennent tous les biens, soit une quotité correspondant à celle qu'ils prennent dans l'actif. Mais les dettes ne sont pas une charge des biens particuliers; les créanciers n'ont aucune action sur ces biens dès qu'ils sont sortis du patrimoine de leur débiteur; de là suit que les successeurs à titre particulier ne peuvent pas être tenus des dettes. La cour de cassation a consacré ce principe dans un arrêt important que nous n'acceptons qu'avec réserve; mais le principe est incontestable : « Le droit à une quotité de succession implique l'obligation de supporter une quotité proportionnelle des dettes et des charges. Ce droit et cette obligation sont des conséquences corrélatives de tout titre successif universel. Il n'y a point à distinguer, sous ce rapport, entre les successeurs à titre universel qui sont institués par la loi et ceux qui sont institués par la volonté de l'homme. Il n'y a pas à distinguer entre le légataire universel qui, se trouvant en concours avec un héritier à réserve, est tenu de lui demander la délivrance, et le légataire universel qui, ne concourant pas avec un héritier réservataire, est saisi de plein droit de la succession. Enfin, il n'y a pas à distinguer entre le légataire universel et le légataire à titre universel. Ces divers légataires sont, comme les héritiers eux-mêmes, de véritables successeurs à titre universel ayant les mêmes droits, sujets aux mêmes charges(1). » Le principe est bien formulé, mais la cour de cassation l'étend trop loin; il est vrai quant à l'obligation du payement des dettes, il ne l'est point quant à l'étendue de cette obligation. Pour le moment, nous ne parlons que du principe qui oblige les successeurs à titre universel de supporter les dettes à raison du caractère universel de leur titre.

I. *Des légataires universels.*

87. Lorsque, au décès du testateur, il n'y a pas d'héritier réservataire, le légataire universel est saisi de plein

(1) Cassation, 13 août 1851 (Dalloz, 1851, 1, 281).

droit par la mort du testateur (art. 1006). Cette disposition ne dit rien de l'obligation qui incombe au légataire saisi quant au payement des dettes; mais le silence même de la loi a ici sa signification. Le légataire saisi est un héritier testamentaire; la transaction dont l'article 1006 est l'expression avait pour objet de mettre l'héritier de l'homme sur la même ligne que l'héritier de la loi. Or, d'après l'article 724, les héritiers légitimes sont *saisis* de plein droit des biens, droits et actions du défunt, *sous l'obligation d'acquitter toutes les charges de la succession*. Ainsi l'obligation de payer les dettes et charges est inhérente à la *saisine* : qui dit successeur *saisi*, dit par cela même successeur tenu des dettes. Le principe est important; nous en verrons les conséquences. Il suffisait donc de dire, dans l'article 1006, que le légataire universel est saisi, pour dire qu'il est tenu des dettes. Voilà pourquoi la loi a cru inutile de le dire.

Quant au légataire universel qui est en concours avec un héritier auquel la loi réserve une quotité des biens, l'article 1009 dit qu'il est tenu des charges et dettes de la succession, personnellement pour sa part et portion et hypothécairement pour le tout. Dans cette hypothèse, le légataire n'a pas la saisine, il n'est donc pas tenu des dettes comme successeur saisi, en vertu de l'article 724; il est tenu des dettes parce qu'il est successeur universel. La loi dit qu'il est tenu *personnellement;* est-ce à dire qu'il soit tenu indéfiniment ou *ultrà vires,* comme on dit dans le langage de l'école? Nous reviendrons sur ce point. Ce qui est certain, c'est que les créanciers ont une action personnelle contre les légataires. Cette action n'implique pas qu'ils soient tenus des dettes comme représentant la personne du défunt; l'action personnelle naît de l'acceptation du legs; en l'acceptant, le légataire s'oblige à payer sa part dans les dettes; or, toute obligation engendre une action personnelle. La loi y oppose l'action hypothécaire dont le légataire est tenu s'il détient un immeuble grevé d'une hypothèque en faveur d'un créancier du défunt. Nous renvoyons cette matière au titre des *Hypothèques*.

88. La loi dit que le légataire universel est tenu des dettes et *charges*. Au titre des *Successions*, nous avons dit quelle différence il y a entre les *charges* et les *dettes*(1). On a prétendu que les frais d'inventaire, de liquidation et de partage de la succession devaient être supportés exclusivement par le légataire, parce que le vœu de la loi est que la réserve ne soit pas entamée (art. 1016). M. Hardoin, le conseiller rapporteur à la cour de cassation, dit très-bien que cela n'est pas sérieux. Ces frais se font dans un intérêt commun; le réservataire peut-il exercer son droit sans le partage et les opérations préliminaires qui le précèdent? Puisque les frais intéressent tous les copartageants, on doit les prélever sur la succession; chacun y contribuera ainsi dans la proportion de son droit héréditaire (2).

Le mot *charges*, dans son acception la plus large, comprend aussi les legs. Nous en traiterons à part.

89. L'article 1009 dit que le légataire universel est tenu des dettes et charges pour sa part et portion, c'est-à-dire à proportion de la part qu'il prend dans l'hérédité; donc pour moitié s'il concourt avec un enfant du défunt, pour les trois quarts s'il concourt avec un ascendant. Il en est ainsi lors même que le légataire universel serait grevé de legs, car l'article 1009 ajoute qu'il est tenu d'acquitter tous les legs, ce qui veut dire que son émolument sera réduit d'autant; mais ce n'est pas dans la proportion de son émolument qu'il est tenu des dettes, c'est dans la proportion de son droit héréditaire (3).

II. *Des légataires à titre universel.*

90. L'article 1012 porte : « Le légataire à titre universel sera tenu, comme le légataire universel, des dettes et charges de la succession du testateur, personnellement pour sa part et portion et hypothécairement pour le tout. » Quand la loi compare le légataire à titre universel au

(1) Voyez le tome XI de mes *Principes*, p. 63, nº 55.
(2) Rejet, 29 juillet 1861 (Dalloz, 1862, 1, 288).
(3) Troplong, t. III, p. 150, nº 1839.

légataire universel, elle suppose que celui-ci est en concours avec des héritiers réservataires, cas prévu par l'article 1009. En effet, en comparant les dispositions des articles 1009 et 1012, on voit que la rédaction est identique en ce qui concerne l'obligation du payement des dettes. Nous avons déjà remarqué que le légataire universel qui concourt avec des réservataires n'est en fait qu'un légataire à titre universel; leurs droits étant les mêmes, les obligations aussi doivent être identiques.

91. Comment le principe s'applique-t-il quand il y a un légataire universel de tous les immeubles ou de tout le mobilier? On demande d'abord si le légataire de l'actif mobilier n'est tenu que des dettes mobilières et le légataire des immeubles des dettes immobilières? Sous le régime de la communauté, la loi fait cette distinction : la communauté profite de l'actif mobilier, et elle est tenue des dettes mobilières (art. 1401, n° 1 et 1409, n° 1); tandis que les immeubles restent propres aux époux ainsi que les dettes immobilières. La distinction est peu juridique, comme nous le dirons au titre du *Contrat de mariage;* le code lui-même l'abandonne quand il s'agit des successions échues aux époux; il suit, dans ce cas, le principe plus rationnel d'après lequel celui qui profite d'une succession en doit supporter les charges, quelle que soit leur nature. C'est aussi ce principe qu'il faut appliquer au légataire à titre universel; il est tenu à raison de sa part et portion, dit l'article 1012, donc de toutes les dettes, qu'elles soient mobilières ou immobilières. Nous disons que ce principe est plus juste. En effet, dans le droit moderne, il y a peu de dettes immobilières, de sorte que si l'on mettait à charge du légataire du mobilier les dettes mobilières, il devrait de fait supporter toutes les dettes, tout en ne prenant qu'une petite partie de l'actif(1).

Il reste une difficulté de calcul; le legs des immeubles ou du mobilier, ou d'une quotité fixe des immeubles ou du mobilier, doit être estimé, puis comparé à la valeur

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 175, et note 8. Duranton, t. IX, p. 229, n° 213. Demolombe, t. XXI, p. 547, n° 600.

de toute l'hérédité; c'est ce qu'on appelle une ventilation.

92. L'article 1012 dit que le légataire à titre universel est tenu pour *sa part et portion*, tandis que l'article 871 dit que le légataire à titre universel contribue avec les héritiers *au prorata de son émolument*. Doit-on entendre par *émolument* ce qui reste au légataire déduction faite des charges dont son legs est grevé? Le défunt laisse deux frères, un légataire du tiers des biens et une fortune de 60,000 francs; le légataire est chargé d'un legs de 10,000 francs. Si l'on ne tient compte que de la part héréditaire, le légataire du tiers sera tenu du tiers des dettes; si l'on estime le legs en déduisant la charge, il ne sera tenu que du cinquième. Il y a des auteurs qui s'en tiennent à la lettre de la loi et enseignent que l'article 871 parle de la *contribution* des divers successeurs entre eux; ils en concluent que le légataire, dans ses rapports avec ses cosuccesseurs, ne doit contribuer aux dettes que dans la proportion de son émolument, donc pour un cinquième, dans l'exemple que nous venons de donner; tandis que l'article 1012 prévoit les rapports du légataire avec les créanciers; à leur égard, il est tenu à raison de sa part héréditaire, donc du tiers, dans notre hypothèse (1). Au titre des *Successions*, nous avons dit que la rédaction des dispositions qui concernent le payement des dettes est si inexacte, qu'il faut la corriger à chaque pas lorsqu'on veut établir des principes juridiques et rationnels. Ce n'est d'ailleurs pas au titre des *Successions* que se trouve le siége de la matière, au moins pour les légataires, c'est au titre des *Donations et Testaments*. Il faut donc s'en tenir à l'article 1012, qui est conçu en termes généraux et ne distingue pas entre le payement des dettes et la contribution, et il n'y avait pas de raison de distinguer. En mettant un legs à la charge exclusive d'un légataire à titre universel, le testateur a eu certainement la volonté de diminuer d'autant la valeur de ce legs. Or, si un légataire pouvait déduire de sa part la valeur du legs, afin de fixer la portion pour laquelle il doit contribuer aux dettes,

(1) Toullier, t. II, 2, p. 335, n° 520; Troplong, t. II, p. 157, n° 1858.

il rejeterait sur la masse, c'est-à-dire sur les autres successeurs, la charge que lui seul doit supporter (1).

III. *Des legs particuliers.*

1. PRINCIPE.

93. L'article 1024 dit que le légataire particulier n'est pas tenu des dettes de la succession. C'est la conséquence du principe général qui régit le payement des dettes : successeur à titre particulier, le légataire ne peut être tenu des dettes, pas plus que le donataire ou l'acheteur. C'est cependant, au point de vue de la théorie, une singulière anomalie. Lorsque le défunt dispose de ses biens par testament et qu'il meurt laissant des dettes, la raison demanderait que tous ceux qu'il gratifie contribuent à payer les dettes à proportion des biens qu'ils prennent. Et voilà que ceux qu'il gratifie le moins, puisqu'il ne leur lègue que des biens particuliers, sont privilégiés aux dépens de ceux auxquels il a légué le plus, puisqu'il les a institués ses héritiers pour le tout ou pour une quotité. La loi suit un autre principe quand il s'agit du payement de la réserve; elle soumet tous les legs à la réduction au marc le franc, sans distinction entre les legs universels et les legs particuliers (art. 926) ; ce principe nous paraît plus juste.

94. Il est quelquefois douteux si le legs est universel ou particulier; l'on doit, en ce cas, consulter l'intention du défunt. Le testateur institue la nièce de sa femme légataire universelle, avec des témoignages de gratitude tels, qu'il était évident qu'il voulait lui assurer toute sa fortune; mais il avait aussi l'orgueil de race; il ajouta que les biens immeubles qu'il donnait à la légataire devaient être laissés, à sa mort, à une personne issue du sang du testateur. C'était une substitution ; les héritiers légitimes la firent annuler et recueillirent ainsi la plus grande partie de la fortune, contre la volonté du défunt.

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 475 et note 9. Duranton, t. VII, p. 613, n° 425.

Ils voulurent plus; quand on liquida la succession, ils prétendirent qu'ils n'étaient que successeurs à titre particulier, affranchis, comme tels, du payement des dettes, lesquelles devaient être supportées pour le tout par la légataire universelle. Nous croyons bien qu'en droit strict ils avaient raison; mais l'équité se révolta contre le droit, et elle trouva moyen de donner à sa décision une couleur juridique. En thèse générale, dit la cour de Poitiers, les dettes pèsent sur la succession entière, et les biens qui la composent sont destinés à les acquitter. Non, tel n'est pas le principe que la loi suit; elle s'attache à la nature des dispositions. Si le défunt laisse une fortune de 100,000 francs, un légataire universel et des legs particuliers qui comprennent la moitié de l'hérédité, est-ce toute la succession qui supportera les dettes? Non, les légataires particuliers, quoique prenant la moitié des biens, ne supporteront pas un centime du passif; tandis que le légataire universel, à qui il ne reste que la moitié des biens, sera seul tenu de toutes les dettes. Il fallait donc voir, dans l'espèce, si les héritiers étaient successeurs à titre particulier ou à titre universel. La cour dit que la volonté du testateur a été que l'universalité des charges pesât sur l'universalité des biens. C'est mal formuler l'intention du testateur : il instituait un légataire universel, et c'est naturellement ce légataire qui était tenu de toutes les charges. La cour ajoute que la succession se divisant, le légataire ne conservant que le mobilier et les héritiers légitimes prenant les immeubles, ceux-ci devaient, dans l'intention du testateur, supporter une part proportionnelle dans les dettes. Non, il ne faut pas voir ce que prennent les héritiers, il faut voir à quel titre ils le prennent; or, ce sont des immeubles déterminés qu'ils prenaient, donc ils étaient successeurs à titre particulier. La cour objecte que c'est comme héritiers que les parents légitimes avaient agi et obtenu l'annulation de la substitution; or, la qualité d'héritier est un titre universel, ce qui paraît décisif. En réalité, cela ne décide rien. Qu'importe que les parents agissent comme héritiers? Cela concerne le droit qu'ils avaient d'agir. Qu'ont-

ils obtenu en vertu de ce droit? Des immeubles particuliers; donc ils étaient des successeurs particuliers. La cour de cassation confirma l'arrêt; nous croyons que la faveur de la cause est pour beaucoup dans cette décision (1).

95. L'article 1024 ajoute : « Sauf l'action hypothécaire des créanciers. » Il va de soi que si l'immeuble légué est hypothéqué, les créanciers conservent le droit que leur donne l'hypothèque. Quel est ce droit? Les créanciers hypothécaires ont deux droits, ils ont l'action personnelle contre le débiteur et l'action réelle contre le détenteur de l'immeuble hypothéqué. Contre le légataire particulier ils n'ont pas l'action personnelle, puisqu'il n'est pas débiteur; ils ne peuvent donc agir contre lui que par l'action hypothécaire. Cette action tend à l'expropriation du détenteur, il ne peut l'éviter qu'en délaissant ou en payant; le délaissement conduit également à l'expropriation, puisque la saisie se poursuit contre le curateur nommé à l'immeuble hypothéqué, et le payement est une éviction. Dans toute hypothèse, le légataire payera directement ou indirectement une dette qui n'est pas la sienne. Il faut donc appliquer l'article 1251, aux termes duquel celui qui, étant tenu pour d'autres au payement de la dette, est subrogé aux droits du créancier, quand il est obligé de la payer. L'article 874 le dit en termes formels. « Le légataire particulier qui a acquitté la dette dont l'immeuble légué était grevé demeure subrogé aux droits du créancier contre les héritiers et successeurs à titre universel. » On suppose, ce qui est le cas ordinaire, que la dette pour laquelle l'immeuble est hypothéqué était une dette du défunt; elle passe à ses héritiers, qui en sont tenus personnellement. Si la dette avait été contractée dans l'intérêt d'un tiers, le légataire serait toujours soumis à l'action hypothécaire, mais il n'aurait plus de recours, en vertu de la subrogation, contre les héritiers, puisque ceux-ci ne sont pas débiteurs, il serait subrogé aux droits du créancier contre le tiers débiteur.

(1) Poitiers, 15 mai 1855 (Dalloz, 1855, 2, 359), et Rejet, 22 avril 1856 (Dalloz, 1856, 1, 324).

Tels sont les principes consacrés par les articles 1251 et 874. On a cru que l'artiele 1020 y dérogeait; cet article porte : « Si, avant le testament ou depuis, la chose léguée a été hypothéquée pour une dette de la succession, ou même pour la dette d'un tiers, ou si elle est grevée d'un usufruit, celui qui doit acquitter le legs n'est point tenu de la dégager, à moins qu'il n'ait été chargé de le faire par une disposition expresse du testateur. » Cette disposition n'a rien de commun avec le payement de la dette : c'est une conséquence du principe établi par l'article 1018, aux termes duquel la chose léguée est délivrée dans l'état où elle se trouve au jour du décès du donateur. Si le testateur lègue une chose hypothéquée, le légataire recevra une chose hypothéquée, de même qu'il ne recevra que la nue propriété de la chose léguée si le testateur l'a grevée d'usufruit. Dans l'ancien droit, on recherchait l'intention du testateur, on faisait des distinctions pour décider si les débiteurs du legs devaient livrer la chose dégrevée des droits réels que le défunt avait consentis; le code tranche la controverse. Tel est l'unique objet de l'article 1020. Il est tout à fait étranger à la question de savoir quels sont les droits du légataire qui est évincé par suite de l'action hypothécaire. C'est l'interprétation généralement admise, et elle est consacrée par la jurisprudence (1).

2. EXCEPTIONS.

96. Le testateur peut charger le légataire particulier de payer une dette, comme il peut lui imposer toute espèce de charge, sauf au légataire à répudier le legs s'il trouve la charge excessive. S'il l'accepte, il s'oblige à remplir la charge, et s'il manque à cette obligation, le legs pourra être révoqué (art. 1046 et 954). Il a été jugé, et cela n'est pas douteux, que le légataire d'immeubles, qui a été grevé

(1) Grenier, t. II. p. 753, n° 317, et les auteurs cités par Aubry et Rau, (t. VI, p. 179, notes 18 et 19). Dalloz, n° 4011. Demolombe, t. XXI, p. 595, n° 657. Comparez un arrêt bien motivé de Bordeaux, 31 janvier 1850 (Dalloz, 1851, 2, 131).

d'une charge, en reste tenu, alors même que par force majeure il perd les immeubles qui lui ont été légués (1). En effet, ce n'est pas comme détenteur des immeubles qu'il est tenu, c'est en vertu de l'obligation qu'il a contractée en acceptant le legs ; la perte des immeubles légués frappe le propriétaire, mais ne dégage pas le légataire de ses obligations.

97. La charge peut résulter de la nature même de la chose léguée. Si c'est une succession échue au testateur, ou sa part dans une communauté, ou dans une société, ou une universalité juridique quelconque, comprenant un actif et un passif, qui est léguée, le légataire prend la chose telle que la possédait le testateur, c'est-à-dire qu'il ne succède pas uniquement à l'actif, il succède aussi au passif. La loi le dit de la vente d'une hérédité (art. 1698), et ce qui est vrai de la vente l'est aussi de la donation entre-vifs ou testamentaire. Ce ne sont pas les biens héréditaires qui font l'objet de la vente ou du legs, c'est l'hérédité, qui se compose d'un actif et d'un passif; le légataire ne peut pas répudier les dettes pour s'en tenir aux biens héréditaires, ce serait changer la nature et l'objet de la chose léguée. Il en serait autrement si le testateur avait légué les biens qui font partie de la succession; le légataire prendrait, dans ce cas, les biens, et les dettes seraient à charge des représentants du défunt (2).

98. Il y a des dettes inhérentes aux legs. L'article 1017 dit que les droits d'enregistrement sont dus par le légataire. Il en est de même des droits de succession : celui qui acquiert par acte de dernière volonté doit naturellement acquitter l'impôt dont la loi frappe ce mode d'acquisition. On demande si les honoraires du notaire qui a rédigé le testament sont dus par les légataires. Il a été jugé, et avec raison, que c'est une dette du testateur qui passe à ses héritiers ; de là suit que les légataires particuliers n'en

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Légataire*, § VI, n° 5 *bis* (t. XVI, p. 469).

(2) Aubry et Rau, t. VI, p. 178 et note 16, et tous les auteurs. Voyez une application du principe, dans un arrêt de la cour de Liége, 4 février 1833 (*Pasicrisie*, 1833, 2, 37).

sont point tenus. Il en serait autrement des frais d'expédition du testament; c'est le légataire qui les doit payer, puisque c'est lui qui demande l'expédition et en profite(1).

99. Il se présente une difficulté plus sérieuse. On admet que les dettes contractées par le défunt pour l'acquisition, la conservation ou l'amélioration de la chose léguée ne sont pas à charge du légataire particulier. Le principe n'est pas douteux, mais l'application a donné lieu à une question très-douteuse. Le testateur, après avoir légué un immeuble, le donne à bail avec la condition que le preneur y fera des constructions dont le prix lui sera remboursé à la fin du louage. Les constructions se font et le bailleur meurt pendant le cours du bail. Aux termes de l'article 1019, le légataire avait droit aux constructions; et si le testateur les avait faites, la dette qu'il aurait contractée de ce chef ne serait pas tombée à charge du légataire; cela n'est pas douteux, puisque toute dette personnelle passe aux héritiers. Mais, dans l'espèce, les constructions avaient été élevées par le locataire; or, le bail fait par le testateur de l'immeuble légué passe au légataire; le légataire étant tenu des obligations du bailleur, devait-il payer le prix des constructions qu'une clause du bail mettait à charge du bailleur? La question a été décidée négativement par la cour de Paris et, sur pourvoi, par la cour de cassation. Il arrive souvent qu'un seul et même acte contient des stipulations d'une nature essentiellement diverse. Tel était le bail litigieux; il comprenait d'abord un contrat de louage, puis une vente à terme des constructions à faire par le locataire, le bailleur les achetait au prix fixé d'avance; c'était donc comme si lui-même les avait faites; dès lors la dette qu'il contractait de ce chef était une dette personnelle qui passait à ses héritiers. Ceux-ci objectaient que la dette était l'accessoire d'un bail et devait, comme telle, être à charge du légataire, ayant cause du testateur en ce qui concerne le bail. On répondait que la clause, quoique accessoire à un contrat de louage, était d'une toute autre nature que le

(1) Nîmes, 17 juin 1856 (Dalloz, 1857, 2, 129).

bail et que chaque convention doit être régie par les principes qui lui sont particuliers. La question divisa la cour de cassation; ce n'est qu'après un premier arrêt de partage et sur les conclusions contraires du ministère public que la cour se prononça pour la décision prise par la cour de Paris (1).

N° 2. COMMENT LES LÉGATAIRES SONT-ILS TENUS DES DETTES?

100. La question est de savoir si les légataires universels et à titre universel sont tenus des dettes *ultrà vires*, ou seulement jusqu'à concurrence de la valeur des biens qu'ils recueillent. Lorsque les légataires universels sont en concours avec des héritiers non réservataires, il n'y a aucun doute; ils sont alors assimilés aux héritiers légitimes; l'article 1006 dit qu'ils sont saisis de plein droit par la mort du testateur; de même que l'article 724 dit des héritiers légitimes qu'ils sont saisis de plein droit des biens, droits et actions du défunt. Or, la saisine est l'expression du lien personnel que l'hérédité établit entre le successeur saisi et le défunt; ils ne font qu'un, à ce point qu'il se fait une confusion de personnes et de biens; la conséquence en est que le successeur saisi doit être tenu des dettes comme en était tenu le défunt, c'est-à-dire indéfiniment; c'est en ce sens que l'article 724 dit que les héritiers légitimes sont saisis sous la condition d'acquitter *toutes les charges de la succession*. Telle est la disposition sur laquelle se fonde l'obligation qui incombe aux héritiers de payer les dettes *ultrà vires*. La même disposition est applicable au légataire universel qui a la saisine, puisque les termes de l'article 1006 sont ceux de l'article 724. Qu'importe que l'article 1006 n'ajoute point la condition du payement de *toutes les charges?* Cette condition est une conséquence de la saisine. Dire que le légataire est saisi, c'est dire qu'il est tenu des dettes comme le sont les héritiers saisis. Cela est aussi en harmonie

(1) Rejet de la chambre civile, 27 janvier 1852 (Dalloz, 1852. 1. 436).

avec l'esprit de la loi. L'article 1006 est une transaction entre le droit écrit et le droit coutumier, il met l'héritier testamentaire sur la même ligne que l'héritier légitime, en lui accordant la saisine; il doit aussi lui imposer la charge attachée à la saisine. Cela n'est pas douteux (1).

101. Quand le légataire universel est en concours avec des héritiers réservataires, il n'a pas la saisine; en faut-il conclure qu'il n'est pas tenu *ultrà vires?* La question est la même pour le légataire à titre universel, lequel n'est jamais saisi; l'article 1012 l'assimile au légataire universel : est-ce à dire qu'il ne soit pas tenu *ultrà vires?* Nous croyons que les légataires non saisis ne sont tenus des dettes que jusqu'à concurrence de la valeur des biens qu'ils recueillent; cela est cependant très-controversé; la cour de cassation s'est prononcée pour l'opinion contraire et les auteurs sont divisés.

Nous puisons notre motif de décider dans le texte et dans l'esprit de la loi. Il n'y a qu'un seul article dans le code civil qui oblige les successeurs du défunt à l'obligation, dont était tenu le défunt lui-même, de payer les dettes indéfiniment, c'est-à-dire de payer toute la dette, quand même le passif excéderait l'actif; c'est l'article 724. C'est en vertu de cette disposition que les héritiers légitimes sont tenus *ultrà vires*. C'est en vertu de la même disposition que les légataires universels doivent payer les dettes *ultrà vires* lorsqu'ils sont assimilés aux héritiers légitimes. Pourquoi les héritiers légitimes et testamentaires sont-ils obligés indéfiniment? L'article 724 le dit, c'est une *condition* attachée à la *saisine*. Le principe est donc que le successeur est tenu *ultrà vires* lorsqu'il est *saisi*. De là suit que les successeurs qui n'ont pas la saisine ne sont point tenus *ultrà vires*. L'article 724 le dit encore implicitement, en ajoutant que les successeurs irréguliers ne sont pas saisis, qu'ils doivent se faire envoyer en possession; il ne dit point que c'est à condition de payer toutes les charges. D'où l'on conclut qu'ils ne doivent payer les dettes que jusqu'à concurrence de leur émolu-

(1) Duranton, t. VII, p. 33, n° 14, et tous les auteurs.

ment. Le principe est donc que les successeurs non saisis ne sont point tenus *ultrà vires* (1).

Tel est le texte. L'esprit de la loi conduit à la même conclusion. Pourquoi la saisine a-t-elle pour conséquence l'obligation des héritiers saisis de payer les dettes *ultrà vires?* En principe, le débiteur est obligé indéfiniment, car c'est sa personne qu'il oblige; ses biens ne sont engagés qu'à titre d'accessoire, et la personne reste tenue, en vertu de l'obligation qu'elle a contractée, jusqu'à l'entière extinction de la dette. Si le débiteur meurt, quelle sera l'obligation de ses successeurs? Dans la théorie du code que nous venons de résumer, on distingue: les successeurs qui ont la saisine sont tenus *ultrà vires*, tandis que les successeurs non saisis ne sont tenus que jusqu'à concurrence de la valeur des biens qu'ils recueillent. Quel rapport y a-t-il entre la saisine et l'obligation illimitée du payement des dettes? On a prétendu qu'il n'y en avait aucun. Peu importe, dit-on, comment les successeurs acquièrent la possession, que ce soit de plein droit en vertu de la loi, ou par suite d'une demande en délivrance, ou par sentence du juge; l'effet est le même, le successeur possède dans un cas comme dans l'autre, il n'y a donc aucune raison d'attacher des conséquences différentes à l'acquisition de la possession, selon que le successeur est saisi ou n'est pas saisi (2). L'objection prouve que les interprètes modernes ne comprennent plus le sens profond de la saisine coutumière. On suppose que la saisine n'est autre chose que la possession; tandis que la possession n'est que la marque extérieure du lien qui unit l'héritier au défunt; les deux personnes n'en font qu'une; l'héritier se confond avec son auteur; dans l'origine, ils étaient copropriétaires. A ce point de vue l'on comprend que l'héritier soit tenu comme l'était le défunt, car il est censé s'être obligé avec lui. Mais cette théorie ne reçoit d'application qu'aux héritiers du sang, elle est étrangère aux héritiers de l'homme. Dans le système des coutumes, il n'y a point d'héritier de l'homme, il peut faire des léga-

(1) Voyez le tome XI de mes *Principes*, p. 64, n° 56
(2) Voyez la note du *Recueil périodique* de Dalloz, 1851, 1, 281.

taires, Dieu seul fait les héritiers. Aussi les légataires, fussent-ils universels, n'avaient jamais la saisine, et par suite ils n'étaient point tenus indéfiniment des dettes de la succession. Pothier le dit à une époque où les origines historiques de la saisine étaient déjà oubliées, mais le principe qui en découle était encore vivace. « Les légataires universels ne sont tenus des dettes que jusqu'à concurrence des biens auxquels ils succèdent; ils peuvent, en les abandonnant, se décharger des dettes. La raison en est qu'ils ne succèdent pas à la personne du défunt, mais seulement à ses biens; ils ne sont tenus des dettes que parce qu'elles sont une charge des biens; ils n'en sont point débiteurs personnels (1). » La jurisprudence était en ce sens; elle décidait que les légataires ne devaient pas accepter sous bénéfice d'inventaire, ce bénéfice n'étant introduit qu'en faveur des héritiers qui sont tenus des dettes indéfiniment (2). La tradition est donc d'accord avec le texte et avec l'esprit du code. Quand le légataire universel est en concours avec les héritiers réservataires, lequel de ces successeurs succède à la personne? Celui qui est saisi, donc le réservataire; le légataire ne succède qu'aux biens; voilà pourquoi il en doit demander la délivrance à l'héritier saisi. A plus forte raison en est-il ainsi des légataires à titre universel; simples successeurs aux biens, ils ne peuvent être tenus des dettes que jusqu'à concurrence de ces biens (3).

102. La cour de cassation dit qu'il faut laisser de côté le droit ancien, parce que l'intention manifeste du législateur a été de modifier les anciens principes tant du droit écrit que du droit coutumier, et de ne laisser subsister, *si ce n'est quant à la saisine légale*, aucune différence entre les diverses personnes qui succèdent à titre universel, ou par le vœu de la loi, ou par la volonté de l'homme (4).

(1) Pothier, *Des successions*, chap. V, art. III, § 1; *Introduction à la coutume d'Orléans*, tit. XVI, n° 120.

(2) Merlin, *Répertoire*, au mot *Légataire*, § VII, art. I, n° 13 (t. XVI, p. 495).

(3) Aubry et Rau, t. VI, p. 171, notes 3 et 4, § 723, et les auteurs en sens divers qu'il cite. Il faut ajouter Demolombe, t. XV, p. 113, n°s 115 et suiv. Comparez Dalloz, n°s 3680 et suiv.

(4) Cassation, 13 août 1851 (Dalloz, 1851, 1, 283).

Si ce n'est quant à la saisine légale! Il y a donc une différence entre les divers successeurs; les uns sont saisis, tandis que les autres ne le sont pas. Et cette différence n'est-elle pas essentielle, décisive, en ce qui concerne l'obligation du payement des dettes? Chose singulière, la cour de cassation ne la mentionne qu'incidemment et comme en passant, elle n'y revient plus, elle ne cite pas même l'article 724, et c'est cependant cet article qui est le siége de la matière, la loi considérant l'obligation illimitée du payement des dettes comme une condition, ou si l'on veut, comme une conséquence de la saisine. La question historique est donc celle-ci : les auteurs du code ont-ils modifié le principe de l'ancien droit qui distingue entre les successeurs aux biens et les successeurs à la personne? Ils l'ont formulé, au contraire, dans l'article 724, qui distingue nettement entre les héritiers saisis, successeurs à la personne, tenus comme tels *ultrà vires,* et les enfants naturels, le conjoint survivant et l'Etat, successeurs aux biens, non saisis, et tenus seulement à raison des biens auxquels ils succèdent, et jusqu'à concurrence de ces biens. Est-ce que, au titre des *Donations et Testaments,* le législateur établirait par hasard un autre principe?

La cour dit que l'assimilation entre les successeurs à titre universel, malgré les différences de dénomination, résulte de l'article 1002, qui ne subordonne pas les effets des dispositions testamentaires, universelles ou à titre universel, à leurs dénominations d'*institution d'héritier* ou de *legs*. Oui, dans notre droit moderne, à la différence de l'ancien droit, le testateur peut indifféremment disposer sous telle dénomination qu'il veut; est-ce à dire qu'il n'y ait aucune différence entre les diverses dispositions testamentaires? L'article 1002 ne dit pas cela, il dit tout le contraire, car il ajoute : « Chacune de ces dispositions produira son effet suivant les règles ci-après établies pour les *legs universels,* pour les *legs à titre universel* et pour les *legs particuliers*. » Donc il y a des différences; il y en a surtout une qui est considérable, c'est qu'il y a des légataires saisis, il y en a d'autres qui ne le sont pas; il y a des légataires tenus des dettes, il y en a d'autres qui

n'en sont pas tenus. La loi n'assimile donc pas et ne confond pas toutes les dispositions testamentaires. Tel n'est pas l'objet de l'article 1002, et tel n'est pas son sens; cela est si évident, qu'il est inutile d'insister. Voilà déjà un premier article qui ne dit pas ce que la cour de cassation lui fait dire.

La cour dit que l'assimilation entre les successeurs à titre universel résulte plus spécialement et en *termes exprès*, en ce qui concerne l'assujettissement aux dettes et charges de la succession, du rapprochement de l'article 1017 et des articles 873, 1009 et 1012. Que dit l'article 1017? « Les héritiers du testateur et autres *débiteurs* d'un *legs* seront *personnellement* tenus de l'acquitter, chacun au *prorata* de la part et portion *dont ils profiteront dans la succession.* » La cour voit dans ces termes une *restriction* de l'obligation des héritiers et légataires tenus du payement des legs, l'obligation étant limitée au *profit* que les héritiers et légataires retirent de la succession à raison de la part qu'ils y prennent. Est-ce bien là le but et la signification de l'article 1017? Il y a un second alinéa que la cour néglige et qui explique le premier : « Les héritiers et autres débiteurs d'un legs en sont tenus hypothécairement *pour le tout* jusqu'à concurrence de la valeur des immeubles de la succession dont ils seront détenteurs. » Le but de l'article 1017 est donc de donner aux légataires contre les débiteurs du legs une action personnelle et une action hypothécaire; celle-ci s'exerce pour le tout, celle-là se divise entre les divers débiteurs; et d'après quel principe? d'après le principe de droit commun qui divise les dettes et charges de la succession entre les divers successeurs, à raison de la part qu'ils prennent dans la succession. Où donc est la *restriction?* Dans le mot *profiter?* Il est synonyme de *prendre*, il ne signifie certes pas que les débiteurs d'un legs ne seraient tenus que jusqu'à concurrence de leur émolument. Nous reviendrons sur ce point en traitant du payement des legs. Les divers débiteurs d'un legs en sont tenus différemment selon leur titre, comme ils sont tenus différemment des dettes.

Quant aux articles 873, 1009 et 1012, la cour, par opposition avec l'article 1017, leur fait dire que le légataire universel en concours avec un héritier à réserve et le légataire à titre universel sont, *sans restriction, tout comme les héritiers eux-mêmes*, tenus des dettes et charges de la succession, *personnellement pour leur part et portion* et hypothécairement pour le tout. De là la cour conclut que tous les successeurs à titre universel sont tenus des dettes indéfiniment, *ultrà vires*. L'article 873 dit, en effet, que les héritiers *ab intestat* sont tenus des dettes et charges de la succession, personnellement pour leur part et portion et hypothécairement pour le tout. Et les articles 1009 et 1012 disent la même chose du légataire universel qui est en concours avec un héritier à réserve et du légataire à titre universel. Voilà l'assimilation en termes exprès dont la cour vient de parler. Oui, mais il faut voir sur quoi porte l'assimilation. Dans le système de la cour, l'article 873 voudrait dire que les héritiers sont tenus indéfiniment, ou *ultrà vires*, des dettes et charges de la succession. C'est faire dire à la loi ce qu'elle ne dit point et ce qu'elle n'avait pas pour objet de décider. L'article 873 contient deux dispositions. La première règle la part pour laquelle les héritiers sont tenus à l'égard des créanciers : ils sont tenus personnellement pour leur part et portion *virile*, dit la loi. L'expression *virile* est inexacte, tout le monde en convient ; la loi veut dire que les héritiers sont tenus à l'égard des créanciers, en vertu de l'action personnelle, à raison de leur part héréditaire et hypothécairement pour le tout. La seconde disposition de l'article 873 donne aux héritiers un recours contre les légataires universels et contre leurs cohéritiers lorsque la part pour laquelle ils sont tenus à l'égard des créanciers excède leur part contributoire à l'égard de leurs cosuccesseurs. Nous avons expliqué ces distinctions au titre des *Successions* (1). Elles concernent la division de l'obligation du payement des dettes entre les successeurs ; elles sont complétement étrangères à l'étendue de cette obli-

(1) Voyez le tome XI de mes *Principes*. p. 92, n° 79.

gation. Cela est si vrai que l'article 873 reçoit son application aux héritiers bénéficiaires, aussi bien qu'aux héritiers purs et simples. Quant à l'étendue de l'obligation, l'article 873 n'en dit pas un mot, et par une excellente raison, c'est que le législateur l'avait déjà dit dans d'autres articles. Quelle est la disposition qui oblige les héritiers à payer les dettes *ultrà vires?* Nous le répétons ; il n'y en a qu'une seule, c'est l'article 724, auquel l'article 802 déroge lorsque la succession est acceptée sous bénéfice d'inventaire. Ces articles, qui sont le siége de la matière, qui décident la question, la cour de cassation ne les cite pas!

La cour insiste sur l'obligation *personnelle* dont sont tenus tous les successeurs à titre universel, aux termes des articles que nous venons de citer. Il est vrai que les légataires sont tenus *personnellement* des dettes et charges. Cela veut-il dire qu'ils en soient tenus indéfiniment? Non, certes; car l'héritier bénéficiaire est aussi tenu personnellement, et les successeurs irréguliers ont la même obligation, mais, à la différence des héritiers légitimes qui acceptent purement et simplement la succession, les uns sont tenus jusqu'à concurrence de la valeur des biens qu'ils recueillent, tandis que les autres sont tenus *ultrà vires*. Il n'est donc pas exact de dire que tout successeur à titre universel soit tenu *ultrà vires*. Cela dépend avant tout du titre du successeur et de la manière dont il accepte l'hérédité. La cour de cassation le nie : qu'importe, dit-elle, que l'héritier soit saisi par la loi, tandis que le légataire universel en concours avec des réservataires n'est saisi que par la délivrance? Nous répondons que c'est effacer l'article 724 que la cour s'obstine à ne pas citer, tout en y faisant allusion. Cet article tient, au contraire, grand compte de la saisine, à ce point qu'il en fait dépendre l'obligation illimitée du payement des dettes. Est-ce à tort ou à raison? Cela ne regarde pas l'interprète ; il ne fait pas la loi, il l'explique.

Au système du code tel qu'il est formulé par l'article 724, la cour de cassation substitue une autre théorie : celle de la confusion des biens du défunt avec les biens du successeur. Cette confusion s'opère pour tout successeur uni-

versel, et elle a pour effet de réunir entre ses mains et de confondre avec ses propres droits actifs ou passifs les droits actifs ou passifs du défunt. Ce qui aboutit à la conséquence que si le successeur n'empêche pas cette confusion par une acceptation bénéficiaire, il sera tenu des dettes comme en était tenu le défunt. Nous nions que tel soit le principe du code civil. Au titre des *Successions*, nous croyons avoir établi que la confusion des patrimoines est une conséquence de la confusion des personnes, c'est-à-dire que les biens du défunt se confondent avec les biens du successeur quand celui-ci succède à la personne; or, dans la théorie du code, il n'y a que les successeurs saisis qui continuent la personne du défunt; la confusion des personnes et des patrimoines est donc une conséquence de la saisine; là où il n'y a pas de saisine, le successeur est un simple successeur aux biens. De là la conséquence que le successeur saisi, continuant la personne du défunt, est tenu des dettes comme le défunt en était tenu; tandis que le successeur non saisi succède aux biens et n'est tenu des dettes qu'à raison des biens, c'est-à-dire jusqu'à concurrence des biens qu'il recueille.

103. Nous avons exposé le système du code sans le justifier. On prétend qu'il est irrationnel. Ceux qui lui font ce reproche disent que la saisine, telle que nous l'interprétons, ne saurait avoir les effets considérables qui en résultent, dans notre opinion (1). Conçoit-on qu'un légataire universel soit tenu *ultrà vires*, ou jusqu'à concurrence de son émolument, suivant qu'il est saisi ou qu'il ne l'est pas? Qu'il acquière la possession en vertu de la loi ou en vertu de la délivrance, qu'importe? dit-on. Il y a, en effet, une anomalie dans le code, elle résulte de la transaction qui a donné la saisine au légataire universel quand il n'est pas en concours avec des héritiers à réserve, et qui la lui refuse quand il y a un héritier réservataire. On ne doit pas chercher la logique dans les transactions, puisque leur objet est de sacrifier une partie du droit. Pour apprécier la théorie de la saisine, il faut la

(1) Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, p 733 et suiv., note.

prendre telle qu'elle existait dans nos coutumes. L'héritier du sang est seul saisi et seul tenu *ultrà vires;* le légataire, fût-il universel, n'est qu'un successeur aux biens et tenu seulement jusqu'à concurrence de ces biens. Cela est absurde, dit-on : la loi veut favoriser, honorer l'héritier du sang, et la faveur aboutit à l'obliger indéfiniment au payement des dettes! Tandis que le successeur non saisi, moins honoré, ne supportera les dettes que jusqu'à concurrence de son émolument (1). Voilà une objection que l'on n'aurait pas comprise à l'époque où la saisine s'est introduite dans nos mœurs. On plaçait alors l'honneur et la solidarité du sang au-dessus de l'intérêt pécuniaire. L'héritier ne faisait qu'un avec le défunt, parce que le même sang coulait dans ses veines. Si noblesse oblige, le sang a aussi ses devoirs, et le premier de tous c'est d'acquitter les engagements du défunt, quand même ils dépasseraient le montant de ses biens. L'héritier est tenu, non à raison des biens qu'il recueille, mais parce qu'il continue la personne du défunt. Voilà le sens de la confusion des personnes dont la confusion des patrimoines n'est qu'une conséquence. Rien de plus moral tout ensemble et de plus juridique. Peut-on en dire autant du légataire? Non, car il n'est pas l'héritier du sang; il n'y a pas chez lui cette solidarité d'honneur et de devoirs qui existe chez les membres de la famille. C'est un étranger qui recueille des biens, donc il ne doit être tenu des dettes que jusqu'à concurrence des biens qu'il reçoit. Veut-on répudier la saisine, il faut être logique : la conséquence sera, non que tous les successeurs soient tenus indéfiniment des dettes et charges, mais qu'aucun successeur ne soit tenu au delà de son émolument.

104. Dans notre opinion, les légataires à titre universel ne sont jamais tenus des dettes que jusqu'à concurrence des biens qu'ils recueillent; et il en est de même des légataires universels qui sont en concours avec des héritiers à réserve. Ils ne sont pas obligés d'accepter sous bénéfice d'inventaire; ce bénéfice est étranger à ceux qui

(1) Dalloz, *Recueil périodique*, 1851, 1, 221, note.

ne sont que successeurs aux biens. L'application du principe soulève une difficulté très-grave. Comment constatera-t-on la consistance et la valeur des biens qui forment le gage des créanciers? Faut-il que les successeurs fassent inventaire? On admet, en général, l'affirmative, et l'on en conclut qu'ils seront tenus indéfiniment s'ils négligent de remplir cette formalité (1). Dans l'ancien droit, la question était déjà controversée; Ricard enseignait que les légataires n'étaient pas tenus *ultrà vires* pour n'avoir pas fait inventaire, et nous croyons avec Merlin qu'il a raison (2). Aucune loi n'oblige les légataires non saisis à faire inventaire; aucune loi ne les soumet à une peine quelconque pour avoir négligé cette mesure de prudence. Ce serait donc créer une obligation et une peine que de les déclarer tenus *ultrà vires*, pour n'avoir pas rempli une formalité que la loi ne leur impose pas. Nous convenons qu'il y a une lacune dans le code; mais, dans le silence de la loi, il faut appliquer les principes généraux. Or, ces principes ne sont pas douteux; c'est aux créanciers qui poursuivent le légataire à établir le montant de l'émolument jusqu'à concurrence duquel ils ont action contre lui, car ils sont demandeurs. Comme il n'a pas dépendu d'eux de se procurer une preuve littérale, ils pourront prouver la consistance et la valeur du mobilier par témoins. Ici les principes généraux s'arrêtent. Au delà tout est arbitraire.

Nº 3. DES LEGS EN USUFRUIT

105. Les legs en usufruit, quand même ils portent sur l'universalité des biens, sont des legs particuliers; comme tels, ils ne devraient pas être assujettis au payement des dettes. Toutefois l'article 612 les oblige à y contribuer à raison des intérêts. Nous avons expliqué cette disposition au titre de l'*Usufruit* (3).

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 173, note 4, § 723.
(2) Merlin, *Répertoire*, au mot *Légataire*, § VII, art. I, nº 14 (t. XVI, p. 495 et suiv.).
(3) Voyez le tome VI de mes *Principes*, p. 21, nºs 17-33.

N° 4. DROIT DES CRÉANCIERS.

106. Quel est le droit des créanciers contre les divers successeurs universels qui sont tenus des dettes? Cette question donne lieu à de grandes difficultés; nous les avons examinées au titre des *Successions* (1).

ARTICLE 2. Du payement des legs.

N° 1. QUI EST TENU DE PAYER LES LEGS?

107. Les legs sont des libéralités que le testateur fait de ses biens; mais comme elles n'ont d'effet qu'à la mort du disposant, la question naît de savoir qui est chargé d'exécuter les dernières volontés du testateur. Comme c'est lui qui dispose de ses biens, c'est aussi à lui de régler le payement des legs. En principe, il est libre de charger qui il veut de les acquitter. Il peut nommer un mandataire chargé spécialement de ce soin; c'est l'exécuteur testamentaire, dont nous parlerons plus loin. Il peut imposer cette obligation à ses successeurs *ab intestat*, réguliers ou irréguliers, sauf les droits des réservataires, auxquels il ne peut porter atteinte par ses libéralités; si les legs absorbent la réserve ou l'entament, les héritiers réservataires auront l'action en réduction. S'il n'y a pas d'héritier à réserve, le testateur peut épuiser son patrimoine en legs, il peut même léguer au delà de son avoir, bien entendu que les créanciers seront payés de préférence aux légataires et que les héritiers chargés d'acquitter les legs ont le droit de répudier la succession si les charges dépassent l'actif héréditaire. Enfin le testateur peut charger ses légataires de payer les legs, non-seulement les légataires universels et à titre universel, mais même ses légataires à titre particulier.

Si le testament ne contient pas de dispositions sur le payement des legs, on applique les règles tracées par le code civil. L'article 1017 établit une règle générale. S'il

(1) Voyez le tome XI de mes *Principes*, p. 72, n°s 62 66.

n'y a que des héritiers légitimes, ils sont tenus d'acquitter les legs « au *prorata* de la part et portion dont ils profiteront dans la succession. » C'est dire que l'obligation se divise entre eux, comme elle se divise, d'après l'article 873, en ce qui concerne le payement des dettes. Il en serait de même s'il n'y avait que des légataires universels; les héritiers testamentaires sont assimilés en tout aux héritiers légitimes lorsqu'il n'y a pas de réservataires. De même, s'il n'y avait que des légataires à titre universel, ils seraient tenus de l'acquittement des legs comme du payement des dettes, chacun à raison de sa part dans la succession. Quand il y a concours de divers successeurs, l'action se divise entre eux; c'est précisément de ce concours que parle l'article 1017. Les legs sont considérés comme une charge ou une dette de l'hérédité; donc tous ceux qui prennent une part dans l'hérédité en sont tenus chacun à raison de sa part héréditaire, sans distinguer s'ils sont appelés par la loi ou par la volonté de l'homme. Les légataires devront donc diviser leur action et demander à chaque débiteur du legs sa part dans la charge commune. S'il y a des héritiers saisis et des successeurs non saisis, les légataires pourront-ils demander le payement de leur legs aux héritiers saisis pour le tout, sauf à ceux-ci à exercer leur recours contre les successeurs non saisis? Si l'on reconnaît ce droit aux créanciers, il faut aussi l'accorder aux légataires; car il découle de la saisine et de l'obligation illimitée qui incombe aux successeurs saisis de supporter toutes les dettes et charges de la succession (1). Reste à savoir si l'article 724 s'applique aux legs. Nous allons examiner la question (2).

I. *Des héritiers légitimes.*

108. L'article 1017 dit que les héritiers du testateur sont tenus personnellement d'acquitter les legs; il ne dit pas quelle est l'étendue de cette obligation: sont-ils tenus

(1) Voyez le tome XI de mes *Principes*, p. 64, n° 56.
(2) Aubry et Rau, t. VII, p. 150, § 716.



ultrà vires, ou seulement jusqu'à concurrence des biens qu'ils recueillent? La question est controversée. On prétend qu'elle est décidée par l'article 1017; il est vrai que le mot *profiter*, dont la loi se sert, semble indiquer que les héritiers ne sont tenus que jusqu'à concurrence de leur émolument. Tel n'est pas, à notre avis, le sens de cette expression. Il y a une règle d'interprétation que l'on oublie trop souvent et qui est cependant la plus essentielle; il ne faut pas chercher dans une loi la décision de questions auxquelles cette loi est étrangère. Or, il suffit de lire l'article 1017 pour se convaincre qu'il a pour objet de diviser l'action personnelle des légataires contre les divers débiteurs du legs, tandis qu'il déclare l'action hypothécaire indivisible. Donc il ne faut pas invoquer l'article 1017 pour décider une question toute différente, celle de l'étendue de l'obligation qui incombe aux divers successeurs, en ce qui concerne le payement des legs.

Nous l'avons dit et répété, il n'y a qu'une disposition dans le code qui impose aux héritiers l'obligation illimitée du payement des dettes, c'est l'article 724, et cet article étend la même obligation aux *charges*. La solution de la difficulté dépend du sens que l'on attache à ce mot. Que, dans son acception la plus générale, il comprenne les legs, cela est certain; nous venons de dire que la loi considère les legs comme une charge de l'hérédité. Il est vrai qu'il y a d'autres articles dans lesquels le mot *charges* a un sens plus restreint qui exclut les legs; tel est l'article 1009. Reste à voir si l'article 724 emploie le mot *charges* dans son acception la plus large, ou dans son sens restreint. Le texte et l'esprit de la loi répondent à notre question. Il n'y a pas un mot dans le texte qui restreigne le sens général du mot *charges;* cela est décisif; car quand le texte est clair, il faut s'y tenir, et quand il est général, il n'est pas permis de distinguer.

On invoque l'esprit de la loi. Il y a une différence, dit-on, entre les dettes et les legs; le défunt était débiteur des dettes qu'il a contractées, et débiteur illimité; donc ses héritiers doivent aussi être tenus indéfiniment, puisqu'ils prennent sa place et ne font qu'un avec lui. Mais

il n'est pas débiteur des legs qu'il fait, car les legs ne s'ouvrent qu'à sa mort. Qu'est-ce que les legs? Une délibation de la succession; l'héritier prend la succession, déduction faite des legs, mais si les legs dépassent l'actif héréditaire, on ne voit pas en vertu de quel principe l'héritier en serait tenu (1). Nous répondons que l'objection ne tient aucun compte de la théorie de la saisine : l'héritier saisi ne fait qu'un avec le défunt, la volonté du défunt est la sienne; s'il a disposé par acte de dernière volonté au delà des forces de son patrimoine, l'héritier doit respecter ces dispositions, c'est une charge que le testateur lui impose; libre à l'héritier de ne pas l'accepter; il peut répudier la succession, il peut l'accepter sous bénéfice d'inventaire; il ne sera tenu des dettes que jusqu'à concurrence de son émolument, ou il sera censé n'avoir jamais été héritier. Mais s'il accepte purement et simplement, il est le représentant du défunt, il continue sa personne; on ne conçoit pas qu'il divise sa personnalité et qu'il prétende représenter le défunt quant aux dettes et ne pas le représenter quant aux legs. Si l'on trouve cette théorie excessive, il faut la changer pour le tout, déclarer que l'héritier ne sera tenu qu'à raison des biens qu'il recueille et appliquer ce principe aux dettes aussi bien qu'aux legs. Mais tant que l'article 724 existera, on doit l'appliquer aux legs comme aux dettes. Vainement objecte-t-on l'article 802, qui ne parle que des dettes, pour en conclure que le bénéfice d'inventaire ne s'applique qu'aux dettes, ce qui suppose que l'héritier n'est jamais tenu des legs que jusqu'à concurrence de son émolument. On répond que le mot *dettes* dans l'article 802 comprend les legs; ce qui le prouve, c'est que le code traite du payement des legs aussi bien que du payement des dettes dans le chapitre du *Bénéfice d'inventaire*. Et quand la succession est acceptée purement et simplement, il donne aussi aux légataires le même droit qu'aux créanciers, celui de demander la séparation de patrimoines. On trouve donc

(1) Notre opinion est celle qui est généralement suivie. Voyez les auteurs cités par Dalloz, *Recueil périodique*, 1864, 2, 118 (note).

partout et toujours l'assimilation des dettes et des legs. C'est faire un nouveau code civil que de distinguer là où le code ne distingue pas.

Nous n'avons pas cité, à l'appui de notre opinion, l'article 783 que l'on invoque d'habitude. Au titre des *Successions*, nous avons expliqué cette disposition anomale; à notre avis, elle n'a rien de commun avec la difficulté que nous venons d'examiner (1).

II. *Des légataires universels.*

109. Quand les légataires universels ont la saisine, ils sont tenus des dettes et charges comme les héritiers légitimes (n° 87). Il n'y a point de texte qui les oblige à payer les legs, comme il n'y en a pas qui les oblige à payer les dettes. C'est parce qu'ils sont saisis qu'ils sont tenus de l'une et de l'autre obligation. Assimilés entièrement aux héritiers légitimes, les héritiers testamentaires ont les mêmes obligations comme ils ont les mêmes droits. Il suit de là que les légataires universels qui ne sont pas en concours avec des héritiers à réserve doivent acquitter les legs *ultrà vires*; ils n'ont qu'un moyen de se soustraire à cette obligation illimitée, c'est d'accepter la succession sous bénéfice d'inventaire. Cela est de doctrine et de jurisprudence (2).

110. « Le légataire universel qui sera en concours avec un héritier auquel la loi réserve une quotité des biens sera tenu des dettes et des charges de la succession du testateur, personnellement pour sa part et portion et hypothécairement pour le tout; et il sera tenu d'acquitter tous les legs, sauf le cas de réduction, ainsi qu'il est expliqué aux articles 926 et 927 » (art. 1009). On a critiqué la rédaction de cette disposition qui suppose que le légataire universel en concours avec un réservataire doit supporter tous les legs, tandis que c'est précisément dans ce cas qu'il y a lieu à réduction des

(1) Duranton, t. VI, p. 539, n° 462.
(2) Demolombe, t. XXI, p. 520, n° 571; Dalloz, n° 3688, et les auteurs qu'ils citent. Poitiers, 16 mars 1864 (Dalloz, 1864, 2, 117).

legs, puisque la réserve est absorbée par l'institution d'un légataire universel; or, quand le réservataire agit en réduction, tous les legs sont réduits proportionnellement, comme l'article 1009 lui-même le rappelle, et partant le légataire universel n'est pas tenu de les acquitter tous dans leur intégralité (1).

La disposition s'explique par la tradition. Si la loi dit que le légataire universel est tenu d'acquitter *tous* les legs, c'est pour marquer qu'il ne peut plus retenir une certaine quotité de biens, comme il en avait le droit dans les pays régis par les lois romaines; l'héritier testamentaire y devait avoir le quart franc de l'hérédité, toutes dettes déduites: c'est ce qu'on appelait la *quarte falcidie*. Cette réduction, que l'on imposait aux légataires particuliers dans l'intérêt de l'héritier testamentaire, n'était pas admise par les coutumes. Le code a suivi les principes du droit coutumier. Ces principes sont plus rationnels. C'est au testateur à disposer de ses biens comme il l'entend; s'il lui convient d'épuiser son patrimoine en legs particuliers, de sorte qu'il ne reste rien au légataire universel, il en a le droit, sauf au légataire à répudier le legs quand il ne lui procure aucun avantage.

Le légataire universel peut-il invoquer l'article 1009 quand il est en concours avec un donataire par contrat de mariage? Il a été jugé que l'article 1009 n'est pas applicable, et cela est d'évidence, puisque cette disposition suppose une réduction, ce qui n'a lieu que lorsqu'il y a un réservataire (2).

Le légataire universel est-il tenu des legs *ultrà vires*? Si l'on admet, avec la cour de cassation, que les successeurs universels sont tenus indéfiniment des dettes et charges, il faut en conclure que le légataire universel devra, dans le cas de l'article 1009, comme dans le cas de l'article 1006, acquitter les dettes et les charges *ultrà vires,* sauf la distinction que la loi établit entre les dettes et les legs, comme nous allons le dire (3). Dans notre opi-

(1) Duranton, t. IX, p. 214, nº 205.
(2) Aix, 16 juillet 1870 (Dalloz, 1872, 2, 81).
(3) Grenier, t. II, p. 761, nº 313.

nion, le légataire universel non saisi, n'étant qu'un successeur aux biens, n'est tenu des dettes et des legs que jusqu'à concurrence de la valeur des biens qu'il recueille (nº 101).

111. L'article 1009 établit une différence entre les dettes et les legs; les dettes sont supportées par le réservataire et par le légataire, chacun étant tenu à raison de la part qu'il prend dans l'hérédité; les legs, au contraire, sont acquittés par le légataire seul; le réservataire n'en peut être tenu, puisque la réserve ne peut jamais être entamée par les libéralités du défunt. Dans l'espèce, la réserve est absorbée par le legs universel; le réservataire agit donc en réduction des legs; après que la réduction sera opérée, le légataire universel payera les legs réduits jusqu'à concurrence des biens qui lui restent.

Le réservataire contribuant au payement des dettes tandis qu'il ne contribue pas au payement des legs, il importe de distinguer les dispositions testamentaires qui contiennent une libéralité de celles qui sont l'acquittement d'une dette. Il est parfois difficile de les distinguer, le testateur qui a épuisé son disponible ayant intérêt à faire considérer comme une dette ce qui est, en réalité, un legs. Nous avons déjà dit que la somme qu'un légataire est obligé de payer à un tiers comme charge de son legs est un véritable sous-legs, à moins que l'on ne prouve que cette somme était due par le défunt. Dans l'espèce, cela n'est guère douteux, puisque le testateur ne dit pas qu'il fût débiteur de cette somme; or, toute disposition testamentaire est un legs, à moins qu'il ne soit prouvé qu'elle a pour objet l'acquittement d'une dette (1). Mais si le testateur dit qu'il reconnaît devoir telle somme à un tiers, sera-ce la reconnaissance d'une dette ou une libéralité? L'aveu peut être sincère, il peut être simulé; ce n'est pas le cas d'appliquer la disposition de l'article 1356, aux termes duquel l'aveu fait pleine foi contre celui qui l'a fait. Cela n'est vrai que de l'aveu entre-vifs, quand il est fait sous les conditions déterminées par la loi. L'aveu

(1) Colmar, 10 mars 1832 (Dalloz, nº 3422, 5°).

fait dans un testament peut cacher une libéralité. Celui qui a intérêt à prouver que la prétendue reconnaissance d'une dette est un legs est admis à en faire la preuve par toute voie légale, même par témoins et par simples présomptions. La jurisprudence est en ce sens (1).

III. *Des légataires à titre universel.*

112. L'article 1012 assimile le légataire à titre universel au légataire universel, en ce qui concerne les dettes et charges de la succession (n° 90). Il s'agit, bien entendu, du légataire universel non saisi, car on ne peut pas assimiler le légataire à titre universel au légataire saisi, puisque le premier n'a jamais la saisine. L'assimilation, exacte quant aux dettes, ne l'est pas quant aux legs. Aux termes de l'article 1009, le légataire universel non saisi est seul tenu des legs; on ne peut pas en dire autant des légataires à titre universel, car ils ne prennent pas nécessairement toute l'hérédité, comme le fait le légataire universel. De plus, ils peuvent se trouver en concours avec des héritiers non réservataires; tandis que le légataire universel exclut les héritiers qui n'ont pas de réserve. Il y a donc diverses distinctions à faire pour les légataires à titre universel. La règle générale est établie par les articles 1012 et 1017. Aux termes de l'article 1012, le légataire à titre universel est tenu des charges de la succession personnellement pour sa part et portion, hypothécairement pour le tout. L'article 1017 reproduit cette règle pour tous les débiteurs de legs; ils sont tenus de les acquitter, chacun au *prorata* de la part et portion dont ils profitent dans la succession. Pour l'application du principe, il faut distinguer d'abord si les légataires à titre universel sont en concours avec des héritiers à réserve ou avec des héritiers non réservataires. Dans l'opinion que nous avons adoptée, ils ne sont pas tenus *ultrà vires :* simples successeurs aux biens, les légataires à titre uni-

(1) Paris, 7 février 1832 (Dalloz, n° 3692). Bordeaux, 3 août 1841 (Dalloz, n° 3179).

versel ne peuvent être tenus des dettes et charges qu'à raison de ces biens, donc jusqu'à concurrence de leur valeur. Dans le système de la cour de cassation, il faut dire que les légataires à titre universel sont tenus des legs *ultrà vires*, à moins qu'ils n'acceptent sous bénéfice d'inventaire.

113. Les légataires à titre universel sont en concours avec des héritiers à réserve. Dans ce cas, il faut distinguer. Si les legs absorbent le disponible, l'assimilation que l'article 1012 fait entre les légataires à titre universel et les légataires universels est exacte; par suite il y a lieu d'appliquer l'article 1009. Le réservataire prend sa réserve et ne contribue pas à l'acquittement des legs; ce sont les légataires à titre universel qui devront seuls acquitter les legs particuliers, lesquels sont, en ce cas, une délibation des legs à titre universel. Si les legs à titre universel dépassaient le disponible ou l'absorbaient, le réservataire agirait en réduction; par suite tous les legs seraient réduits et les légataires à titre universel ne seraient tenus que d'acquitter les legs particuliers d'après la valeur qui leur resterait après la réduction.

Il se peut aussi que les legs à titre universel ne soient que d'une quotité du disponible. Le cas est prévu par l'article 1013 qui porte : « Lorsque le testateur n'aura disposé que d'une quotité de la portion disponible et qu'il l'aura fait à titre universel, ce légataire sera tenu d'acquitter les legs particuliers par contribution avec les héritiers naturels. » Cette disposition a donné lieu à une question qui est controversée, bien qu'elle ne soit guère douteuse. On demande si l'héritier dont la réserve est d'un quart et qui prend la moitié de l'hérédité, l'autre moitié étant donnée au légataire à titre universel, doit contribuer aux legs pour la moitié, ou pour le quart qui excède sa réserve. Nous répondons sans hésiter qu'il contribue pour la moitié, qui est la part qu'il prend dans l'hérédité. Le texte et l'esprit de la loi le veulent ainsi. Le texte dit qu'il *contribue* à l'acquittement du legs; pour quelle part? Naturellement pour la part qu'il prend dans l'hérédité, c'est-à-dire pour une moitié; c'est l'idée qui

s'attache au mot de *contribution*; quand un successeur *contribue* aux dettes et charges, c'est pour la part qu'il prend dans la succession. Tel est aussi l'esprit de la loi. Le réservataire qui se présente pour recueillir l'hérédité ne se présente pas comme réservataire, il se présente comme héritier; il prend toute l'hérédité, déduction faite des legs à titre universel; il est donc tenu, en principe, de toutes les dettes et charges, même *ultrà vires*, sauf à faire contribuer les légataires pour la part qu'ils prennent et sauf à accepter la succession sous bénéfice d'inventaire. Vainement dit-on que le réservataire n'est pas tenu de contribuer à l'acquittement des legs à raison de sa réserve; cela est vrai quand il ne prend que sa réserve, ce qui est le cas prévu par l'article 1009; cela n'est pas vrai quand il prend toute l'hérédité, comme dans l'espèce; il est vrai que, par le concours des légataires, il ne prend que la moitié, mais c'est la moitié de toute l'hérédité, donc il doit aussi être tenu de la moitié des charges. Nous n'insistons pas, la question étant épuisée par un excellent travail de Dupret, notre collègue regretté de l'université de Liége (1).

114. Les légataires à titre universel peuvent aussi se trouver en concours avec des héritiers non réservataires. On applique, dans ce cas, le principe général sans difficulté aucune. Les héritiers légitimes ayant la saisine représentent seuls le défunt; ils sont tenus, comme tels, des dettes et charges *ultrà vires*, à moins qu'ils n'acceptent sous bénéfice d'inventaire. Mais ils ont leur recours contre les légataires à titre universel qui, en vertu de l'article 1012, sont tenus des dettes et charges pour leur part héréditaire. Comme ceux-ci sont tenus personnellement, aux termes de l'article 1017, les légataires particuliers pourront agir directement contre eux. Ils peuvent aussi, dans notre opinion, agir pour le tout contre les héritiers saisis. Nous renvoyons à ce qui a été dit sur ce point au titre des *Successions*.

(1) Dupret, *Revue de droit français et étranger*, 1845, t. II, p. 841, suivi par Aubry et Rau, t. VI, p. 177, note 11, et Demolombe, t. XXI, p. 554, n° 606.

115. Le testateur qui a la libre disposition de ses biens peut déroger à ces règles; sa volonté tient lieu de loi. Lorsque, dit Pothier, il a grevé quelqu'un nommément de la prestation d'un legs, il est évident qu'il n'y a que celui qu'il en a chargé qui en soit tenu. S'il en a grevé nommément plusieurs, comment seront-ils tenus? Pothier répond qu'ils seront tenus chacun pour sa part virile, de sorte que s'il y a trois débiteurs du legs, chacun sera tenu pour un tiers. C'est l'application du principe qui régit les dettes; toute dette se divise, à moins qu'elle n'ait été stipulée solidaire; or, la charge imposée par le testateur et acceptée par les légataires est une dette. Les débiteurs n'en seraient tenus solidairement que si le testateur l'avait expressément ordonné. Pourquoi la dette se divise-t-elle à raison du nombre des débiteurs du legs? C'est encore une application des principes généraux. Il se peut que les divers débiteurs prennent une part inégale dans les biens; mais ce n'est pas à raison de cette part qu'ils sont tenus, puisque le testateur a expressément manifesté sa volonté; c'est donc en vertu des principes généraux que la division de la dette doit se faire (1).

116. La dérogation peut aussi être tacite. Lorsqu'un corps certain est légué, dit Pothier, ceux qui succèdent à la chose léguée en sont seuls tenus, et chacun en est tenu, en ce cas, à proportion de la part pour laquelle il y succède. Pourquoi le legs d'un corps certain est-il à la charge de ceux qui ont la généralité de la classe de biens dans laquelle se trouve compris cet objet? C'est l'application de la règle d'après laquelle une disposition spéciale déroge à une disposition générale. Lorsque le testateur fait un legs à titre universel de ses immeubles et qu'il fait ensuite un legs spécial de telle maison, de telle ferme, le legs particulier est une exception au legs général, ou, comme on dit, une délibation; il diminue le legs général; en ce sens, il est à la charge du légataire à titre universel. S'il y avait plusieurs successeurs et pour des parts inégales, le legs particulier serait à charge de chacun

(1) Pothier, *Des donations testamentaires*, nos 247 et 248.

pour sa part, et non pour une part virile, car c'est une diminution de chaque legs, donc une diminution proportionnelle; ce qui conduit à la règle formulée par Pothier (1).

L'application du principe donne lieu à une difficulté sur laquelle il y a controverse, bien qu'il n'y ait guère de doute. On suppose que le testateur, après avoir légué tout son mobilier à Pierre, lègue à Paul une somme de dix mille francs. Faut-il appliquer l'exception en mettant le legs particulier d'une chose mobilière à charge du légataire à titre universel qui prend tout le mobilier? Ou est-ce le cas de la règle générale, c'est-à-dire le legs de dix mille francs sera-t-il à charge de tous les successeurs, débiteurs des legs en vertu de l'article 1017? Nous n'hésitons pas à répondre que c'est la règle générale qui doit recevoir son application. En effet, il est de principe que la règle doit être appliquée dans tous les cas où il n'y est pas dérogé. Or, dans l'espèce, il n'y a pas de dérogation expresse, et il n'y a pas davantage de dérogation tacite, car la somme de 10,000 francs n'est pas un corps certain qui diminue le legs général du mobilier ; ce qui le prouve, c'est que le testateur peut léguer une somme d'argent tout en n'ayant pas cette somme; on ne peut donc pas dire qu'il entend diminuer tel legs de cette somme qu'il lègue ; c'est une charge générale dont il grève sa succession, et qui tombe par conséquent sous l'application de la règle établie par l'article 1017. C'est l'opinion assez généralement suivie (2).

IV. *Des légataires de l'usufruit.*

117. Nous avons dit en quel sens les légataires de l'usufruit contribuent au payement des dettes (n° 105). Le principe que l'article 612 établit quant aux dettes s'applique aussi à l'acquittement des legs. C'est ainsi que

(1) Pothier, *Des donations testamentaires*, n° 296. Duranton, t. IX, p. 217, n° 231.

(2) Vazeille, t. III, p. 46, art. 1013, n° 3. Demolombe, t. XXI, p. 560, n° 610. En sens contraire, Duranton, t. IX, p. 232, n°s 218 et 219, réfuté par Aubry et Rau, t. VI, p. 177, note 13.

l'article 611 règle par qui sera acquitté le legs d'une rente viagère ou d'une pension alimentaire lorsqu'il y a un légataire universel ou des légataires à titre universel de l'usufruit; la loi applique à ce cas particulier la règle générale établie par l'article 612.

Nous avons dit ailleurs qu'il y a controverse sur la question de savoir si les créanciers ont une action directe contre les légataires en usufruit qui, d'après la loi, doivent contribuer aux dettes. A notre avis, les créanciers ont action contre les usufruitiers (1), et par suite aussi les légataires. On demande si le légataire universel de la nue propriété peut agir contre le légataire en usufruit de tous les biens pour le forcer à contribuer au payement des legs particuliers? L'affirmative a été jugée par la cour d'Orléans, et elle ne nous paraît pas douteuse. En effet, le mode de contribution que l'article 612 établit entre l'usufruitier et le nu propriétaire suppose leur concert, et à défaut d'entente, il donne le droit au propriétaire de faire vendre, jusqu'à due concurrence, une portion des biens soumis à l'usufruit; cela implique le droit d'agir en faveur du légataire universel (3).

N° 2. DU MODE DE PAYEMENT DES LEGS.

118. Quand les successeurs tenus, en vertu de la loi ou de la volonté du testateur, à payer les legs ont accepté la succession *ab intestat* ou testamentaire qui les y oblige, ils contractent par là l'obligation d'acquitter les legs. En ce sens les legs deviennent une dette; aussi l'article 1017 appelle-t-il *débiteur du legs* ceux qui sont personnellement tenus de l'acquitter. Il suit de là qu'il faut appliquer au payement des legs les principes qui régissent le payement des dettes. Or, il est de principe que le créancier ne peut être contraint de recevoir une autre chose que celle qui lui est due, quoique, dit l'article 1243, la valeur de la chose offerte soit égale, ou même plus grande. De

(1) Voyez le tome VII de mes *Principes*, p. 31, n° 23.
(2) Orléans, 13 février 1869 (Dalloz, 1869, 2, 109).

là la conséquence formulée par Merlin qu'un legs ne peut être acquitté que par la prestation réelle et effective de la chose même que le testateur a léguée. Ainsi l'héritier ne peut pas forcer le légataire d'une somme d'argent à prendre en payement des biens de la succession; ce serait un nouveau contrat, une *datio in solutum*, pour laquelle il faudrait le concours de consentement du légataire et du débiteur du legs. Peu importe que la somme léguée se trouve ou non dans le patrimoine du défunt, c'est à l'héritier à se la procurer comme il l'entend, pour la verser entre les mains du légataire. Par la même raison, l'héritier ne peut pas substituer le payement d'une somme d'argent à la délivrance d'une espèce léguée par le défunt. Les jurisconsultes romains le décidaient ainsi alors même que l'héritier aurait une affection particulière pour les choses qui lui viennent de ses ancêtres : c'est une considération d'équité, mais l'équité ne peut être invoquée contre le droit. Voilà pourquoi l'article 1243 décide qu'une chose d'une valeur supérieure à celle qui est due ne peut être offerte par le créancier au débiteur (1).

La cour de cassation a fait une application très-rigoureuse, mais très-juridique, de ce principe dans une affaire qui a été portée devant elle par Merlin dans l'intérêt de la loi. Une dame lègue aux pauvres une somme de 80,000 francs. L'arrêté qui autorisa le bureau de bienfaisance à accepter le legs portait que ce legs serait employé en acquisition de rentes sur l'Etat; les héritiers furent condamnés à payer le legs, mais la cour de Riom leur permit de s'acquitter en rentes sur l'Etat jusqu'à concurrence d'un revenu de 4,000 francs. Sur les conclusions de Merlin, la cour cassa cette décision, parce qu'aucune loi n'autorise le débiteur d'un legs en argent à s'en libérer en rentes sur l'Etat (2).

Bien entendu que le testateur peut permettre la dation en payement de rentes sur l'Etat. Une testatrice qui avait

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Legs*, section V, § II, n° I (t. XVIII, p. 83), suivi par tous les auteurs (Dalloz, n° 3911).

(2) Cassation, 8 fructidor an XIII (Dalloz, n° 3911, 1°). Comparez Liége, 13 mai 1808 (*ibid.*, 2°).

formé opposition, entre les mains du trésor, sur le montant de l'indemnité due à son débiteur en vertu de la loi du 25 avril 1825, fit un legs ainsi conçu : « Je lègue la somme de 120,000 francs, en trois pour cent, à prendre sur la dette de... (l'indemnité due aux émigrés). » Débat entre les légataires universels et le légataire particulier sur le mode de payement du legs de 120,000 francs : était-il assigné limitativement à la créance saisie? Il a été jugé que le legs comprenait la somme de 120,000 francs; que, d'après la volonté du testateur, le legs pouvait être acquitté en rente trois pour cent, sauf au légataire universel à compléter ladite somme si la créance saisie ne suffisait pas pour remplir le légataire particulier (1).

119. Le testateur peut donc laisser le choix au débiteur du legs d'acquitter en immeubles un legs fait en argent. On a cru que, dans ce cas, il y avait lieu d'appliquer l'article 1022 qui porte : « Lorsque le legs sera d'une chose indéterminée, l'héritier ne sera pas obligé de la donner de la meilleure qualité et il ne pourra l'offrir de la plus mauvaise. » C'est une erreur. L'article 1022 concerne uniquement un legs de choses indéterminées; tandis que le legs d'une somme avec faculté de payer en immeubles donne au débiteur le droit de choisir les immeubles; tout ce que le légataire peut exiger, c'est qu'il ait la valeur déterminée dans le testament, ce qui sera réglé par experts (2).

Si le testateur a permis au débiteur du legs de l'acquitter en effets publics, le légataire universel doit délivrer des effets d'une valeur réelle au jour de l'ouverture, et non des effets d'une valeur fictive. Le tribunal de Liége, qui l'a décidé ainsi, ajoute que si les effets éprouvent une dépréciation postérieurement à l'ouverture, elle reste pour le compte des légataires, par application de la règle : *Res perit domino*. Cela suppose que les effets ont été payés aux légataires, car ce n'est qu'après le payement qu'ils en sont propriétaires. Jusque-là la dépréciation est au

(1) Bordeaux, 15 juillet 1831 (Dalloz, n° 3911, 3°).
(2) Aix, 18 avril 1833 (Dalloz, n° 3917).

risque du débiteur, propriétaire des effets. C'est en ce sens que la cour d'appel décida la contestation (1).

Lorsque le testateur donne le choix, il peut le donner au débiteur du legs ou au créancier. Dans le cas de doute, il faut appliquer par analogie aux legs ce que l'article 1190 dit des obligations alternatives : « Le choix appartient au débiteur s'il n'a été expressément accordé au créancier. » C'est l'application d'un principe d'interprétation en vertu duquel les clauses douteuses s'interprètent en faveur du débiteur (art. 1162). Or, celui qui doit délivrer le legs en est débiteur, il peut donc invoquer l'article 1162, ou l'article 1190 qui en est une conséquence. C'est ce que la cour de Liége a jugé dans l'espèce d'un legs fait à des établissements charitables en ces termes : « Je lègue au bureau de bienfaisance 8,000 francs, en *capitaux ou espèces*. » Même legs aux hospices. Le tribunal de première instance avait condamné les héritiers à faire le payement en capitaux; sa décision fut réformée en ce point par la cour d'appel (2).

120. Les effets publics donnent lieu à une difficulté particulière. Ils éprouvent parfois une dépréciation légale lorsqu'une loi réduit le taux de la rente. Qui supporte la perte résultant de la réduction, le débiteur du legs ou le légataire? Si le legs consiste en une somme capitale, il n'y a aucun doute; on applique à la lettre les principes que nous venons d'établir d'après la jurisprudence : jusqu'au payement, la dépréciation légale est pour le compte de l'héritier propriétaire des effets, et il va sans dire qu'il ne peut payer ce qu'il doit qu'au cours de la rente tel que la loi le détermine lors du payement. Il n'y a de difficulté que pour les legs de rente viagère. Si le testateur lègue une rente de 1,000 francs, à prendre sur une rente de l'Etat plus considérable, et si la rente est réduite, la réduction frappe le débiteur de la rente, qui doit payer au légataire une somme fixe, ou une rente sur l'Etat représentant cette somme. La cour de Paris l'a

(1) Liége, 14 janvier 1836 (*Pasicrisie*, 1836, 2, 6). Comparez Rejet, 14 mai 1834 (Dalloz, n° 3919).
(2) Liége, 16 mai 1866 (*Pasicrisie*, 1866, 2, 300).

jugé ainsi dans une espèce où le légataire avait reçu en payement des coupons de rente réduite au taux nouveau, donc une somme inférieure à celle qui lui était due; c'était une erreur de droit qu'on ne pouvait pas lui opposer. Pour changer l'objet du legs, il eût fallu une novation; en l'absence d'une convention, les droits du légataire restaient ce qu'ils étaient en vertu du testament (1).

La question de novation donne lieu à quelque doute. Une rente viagère est léguée; pour la garantie du légataire, l'héritier constitue une hypothèque sur ses immeubles; plus tard, le légataire consent à ce que la garantie hypothécaire soit remplacée par un capital de 5 p. 100 consolidés, capital dont l'héritier aura la propriété et le légataire la jouissance; puis la rente est réduite. Y a-t-il novation? Non, car le consentement du légataire n'était qu'un acte d'obligeance; il ne songeait pas à renoncer au droit que lui donnait sôn legs, rien n'était changé, sauf le mode de payement; or, ce changement n'implique pas novation, comme nous le dirons au titre des *Obligations*; donc, après la réduction de la rente, le légataire était en droit d'exiger un supplément jusqu'à concurrence de la valeur réduite (2). Que faut-il décider si, dans l'acte qui contient affectation de la rente sur l'Etat au service de la rente, le légataire a donné à l'héritier une décharge expresse de son legs? Il a été jugé que cette décharge n'emporte pas renonciation du légataire à exercer un recours en garantie contre le légataire universel en cas de réduction de la rente (3). C'est l'application du principe fondamental qui régit la novation; elle ne se présume pas, dit l'article 1273, et il ajoute qu'elle doit résulter clairement de l'acte. Or, il est bien certain que le légataire qui accepte les inscriptions de rente dont la nue propriété reste au débiteur du legs n'entend pas renoncer à sa rente, il accepte seulement les arrérages en payement, la décharge vaut quittance, en ce sens que le léga-

(1) Paris, 2 pluviôse an XI (Dalloz, n° 3924, 1°). Comparez Lyon, 18 mars 1853 (Dalloz, 1854, 2, 93).
(2) Douai, 1er juillet 1854 (Dalloz, 1855, 2, 43).
(3) Paris, 28 juillet 1853 (Dalloz, 1855, 2, 44).

taire consent à recevoir la rente en payement des arrérages, à la condition sous-entendue que la rente équivaudra aux arrérages. Certes le légataire n'aurait pas accepté la rente ni déchargé le débiteur s'il avait prévu que la rente serait réduite et que l'on se prévaudrait contre lui de la réduction; donc la décharge qu'il a donnée n'implique pas volonté de renoncer.

Nº 3. DE LA RÉDUCTION DES LEGS.

121. Les biens laissés par le défunt ne suffisent pas pour payer les légataires et les créanciers. Dans ce cas, les créanciers sont-ils payés de préférence aux légataires? Il y a un vieil adage qui semble décider qu'en toute hypothèse les legs ne sont acquittés qu'après que les dettes sont payées : *Nemo liberalis nisi liberatus*. Ce principe n'est pas vrai d'une manière absolue. Si le débiteur des legs en est tenu indéfiniment, il ne peut opposer aux légataires que les biens de l'hérédité ne suffisent point pour en acquitter les charges. En effet, l'héritier qui accepte la succession purement et simplement s'oblige à acquitter les legs *ultrà vires*; il ne peut donc plus se prévaloir de ce que le passif excède l'actif. La maxime *Nemo liberalis nisi liberatus* suppose qu'il y a concours, sur le patrimoine du défunt, de créanciers et de légataires; donc elle implique que ce patrimoine n'est pas confondu avec celui de l'héritier; or, la séparation des deux patrimoines n'existe que dans deux cas : lorsque l'héritier accepte sous bénéfice d'inventaire et lorsque les créanciers ou légataires demandent la séparation. Dans ces deux cas, les créanciers sont payés de préférence aux légataires, mais aussi les légataires sont payés de préférence aux créanciers de l'héritier. Le siége de cette difficile matière est au titre des *Successions*, où nous l'avons expliquée (1).

Ce que nous disons de l'héritier légitime s'applique au légataire universel quand il est héritier testamentaire, c'est-à-dire quand il est en concours avec des héritiers

(1) Voyez le tome X de mes *Principes*, p. 68, nos 55-69.

non réservataires. Accepte-t-il purement et simplement, il est tenu *ultrà vires;* par suite, il ne peut opposer aux légataires que l'actif héréditaire ne suffit point pour les désintéresser. Les légataires peuvent avoir intérêt à demander la séparation de patrimoines afin d'être payés sur ce qui reste des biens de l'hérédité, de préférence aux créanciers de l'héritier. Si le légataire universel accepte sous bénéfice d'inventaire, l'hérédité sera le gage des créanciers et légataires du défunt; et dans ce concours, les créanciers l'emporteront sur les légataires.

122. Si les biens qui restent après que les créanciers sont payés ne suffisent pas pour acquitter tous les legs, quelle règle suivra-t-on pour le payement? Les légataires se trouvent dans la position des créanciers chirographaires dont les créances excèdent l'actif de leur débiteur : tous doivent subir une réduction proportionnelle, parce qu'il n'y a entre eux aucune raison de préférence; la perte résultant de l'insolvabilité doit donc se répartir entre tous à proportion du montant de leurs créances. Or, les légataires sont des créanciers; il n'y a pas de cause de préférence entre eux, car nous supposons que le testateur n'a accordé d'hypothèque à aucun d'eux. Dans cet état de choses, la réduction est une nécessité.

D'après quel principe se fera la réduction? Il peut y avoir des legs à titre universel et des legs à titre particulier; tiendra-t-on compte de cette différence, en ce sens que les uns seront acquittés de préférence aux autres? La négative est admise par tout le monde, et elle n'est point douteuse. Il n'y a d'autres causes de préférence entre créanciers dont les droits sont égaux que celles que la loi établit; or, la loi n'établit aucune préférence en cette matière, elle ne prévoit pas même la question. Cela est décisif. On invoque d'ordinaire l'article 926 qui prescrit la réduction des legs au marc le franc quand la réserve est entamée (1). A vrai dire, il n'y a point d'analogie si l'on s'en tient à la rigueur des principes. La réserve n'est

(1) Cassation, 25 novembre 1861 (Dalloz, 1861, 1, 457), et la note de Dalloz, *ibid.*, p. 459.

pas une créance, ce n'est donc pas une dette que les légataires payent; l'héritier réservataire leur retranche les biens que le défunt n'a pas eu le droit de leur donner. La position des légataires qui concourent sur les biens du défunt est toute différente; ils exercent leurs droits sur un gage commun qui se trouve insuffisant; on doit leur appliquer le droit commun, d'après lequel il y a lieu au payement par contribution lorsque les biens du débiteur ne suffisent pas pour payer les créanciers.

123. La jurisprudence est en ce sens. On a soutenu que la charge imposée au légataire de payer une somme d'argent à un tiers ne constituait pas un legs proprement dit; on en a conclu que cette charge devait être acquittée de préférence au legs qui en était grevé, puisque, dans l'intention du testateur, elle en était une diminution. Dans cette opinion, le légataire principal devrait seul supporter la réduction pour la valeur nominale du legs, sans en déduire la charge. Cette prétention a été repoussée par la cour de cassation. Qu'une libéralité testamentaire soit faite directement ou sous forme de charge, c'est toujours un legs, la charge n'est qu'un mode d'exécution qui ne change rien à l'essence de la libéralité (1).

Celui au profit duquel la charge est imposée recevant une libéralité est par cela même soumis à la réduction, dans le cas où le payement intégral des legs particuliers ne laisserait pas dans la succession bénéficiaire une somme suffisante pour acquitter le passif. Reste à savoir comment la réduction s'opérera lorsqu'il y a un légataire principal et un sous-légataire. La cour de cassation a jugé que l'immeuble légué sous la condition d'acquitter certains legs doit contribuer pour sa valeur entière, parce qu'il est, pour la totalité, un des éléments de l'actif héréditaire; mais que celui à qui l'immeuble a été légué à condition de payer une certaine somme à un sous-légataire, peut obtenir, s'il y a lieu, de ce dernier une part contributive dans la dette à acquitter par cet immeuble (2). Il

(1) Rejet, 3 mars 1858 (Dalloz, 1858, 1, 200).
(2) Cassation, 18 juin 1862 (Dalloz, 1862, 1, 412).

nous semble que ce mode de calcul ou de réduction déroge au principe consacré par la cour de cassation; le sous-legs est une libéralité testamentaire aussi bien que le legs principal, donc le sous-légataire doit être en tout assimilé au légataire grevé de la charge, c'est-à-dire que l'un et l'autre doivent contribuer directement, sous forme de réduction, au payement des dettes.

124. La règle est donc que tous les legs sont soumis à la réduction. On demande si le testateur peut déroger à la règle. L'affirmative n'est pas douteuse, le testateur étant libre d'avantager tel légataire de préférence à tel autre. Alors même que la réduction des legs a lieu pour fournir la réserve, la loi permet au testateur de déclarer qu'il entend que tel legs soit acquitté de préférence aux autres; dans ce cas, dit l'article 927, le legs avantagé ne sera réduit qu'autant que la valeur des autres ne remplirait pas la réserve légale. On doit admettre la même faculté, par identité de motifs, lorsque la réduction se fait pour le payement des dettes. Faut-il aussi, comme l'exige l'article 927, que la déclaration du testateur soit expresse? La cour de cassation le décide ainsi et avec raison, nous semble-t-il (1). Tous les légataires sont placés, en principe, sur la même ligne, le testateur témoignant à tous une affection égale dans la proportion des libéralités qu'il leur fait; la réduction doit donc les frapper tous proportionnellement. L'inégalité, la préférence accordée à l'un des légataires au préjudice des autres est une exception, et toute exception doit être formelle, expresse; cela résulte de la nature même de l'exception.

La cour de Paris a appliqué ce principe dans l'espèce suivante. Un testateur lègue une somme de 300,000 fr., en ajoutant que la légataire la prendrait, par préférence et antériorité à tous autres legs, sur les plus clairs et plus nets de ses biens meubles et immeubles, de telle nature qu'ils soient. Puis, par un codicille, le testateur déclare, outre les 300,000 francs déjà légués, donner à la

(1) Rejet, 8 février 1843 (Dalloz, n° 4007), 3 mars 1858 (Dalloz, 1858, 1, 200); Cassation, 21 novembre 1861 (Dalloz, 1861, 1, 457). Demolombe. t. XIX, n°s 560 et 566. Comparez Dalloz, n° 3904.

même légataire 180,000 francs à prendre aussi, à son décès, sur le plus clair et le plus net de ses biens, de telle nature qu'ils soient. Il fallut réduire les legs. Le premier legs de 300,000 francs devait être payé de préférence, la déclaration du testateur était expresse. On prétendit qu'il en était de même du second, la clause du codicille, « à prendre sur le plus net et le plus clair de mes biens, » reproduisant l'idée exprimée dans le testament; mais la comparaison des deux clauses prouvait le contraire; dans le testament, le testateur avait dit formellement que le legs de 300,000 francs devait être acquitté de préférence aux autres, tandis qu'il n'avait pas dit la même chose dans le codicille pour le second legs; on aurait donc pu tout au plus admettre une préférence tacite. Or, il faut une préférence expresse, puisqu'il s'agit d'apporter une exception à une règle générale (1).

125. On a cherché des causes de préférence dans la nature des legs. Cela est contraire au principe tel qu'il est formulé dans l'article 927. On peut induire de la nature du legs une volonté tacite d'accorder une préférence à l'un des legs; mais une volonté tacite ne suffit point, puisque la loi, d'accord avec les principes, exige une déclaration expresse de l'intention du testateur.

Une rente viagère est léguée à un failli, elle prend de la position du légataire le caractère d'un legs d'aliments. De là une certaine probabilité qu'en cas de réduction la rente alimentaire jouisse d'une préférence à l'égard des autres legs. On répond qu'une probabilité ne suffit point; il en résulte bien une présomption, mais la loi ne se contente pas de présomptions, elle veut une déclaration expresse (2).

On a prétendu soustraire les legs d'usufruit à la réduction, en invoquant l'article 611, aux termes duquel l'usufruitier particulier n'est pas tenu des dettes. Tous les légataires particuliers pourraient prétendre à la même préférence, puisque l'article 611 n'est que l'application de

(1) Paris, 25 février 1836 (Dalloz, n° 3906, 1°).
(2) Caen, 6 janvier 1845 (Dalloz, 1845, 2, 115).

l'article 1024, qui porte que le légataire à titre particulier n'est point tenu des dettes de la succession. Mais cet article ajoute : « Sauf la réduction du legs, ainsi qu'il est dit ci-dessus. » La loi entend parler de la réduction qui se fait pour fournir la réserve ; or, la réduction a lieu aussi, et d'après les mêmes principes, lorsque l'actif d'une succession bénéficiaire ne suffit point pour payer les dettes et les legs. On ne peut pas dire, dans ce cas, que les legs contribuent au payement des dettes; il faut dire que les dettes sont payées avant les legs et que les legs sont forcément réduits, puisque l'actif héréditaire ne suffit pas pour les acquitter (1).

Il y a une autre cause de préférence qui a trouvé quelque faveur devant les tribunaux et dans la doctrine. Les legs de corps certains, dit-on, sont, de leur nature, affranchis de la loi commune. On conçoit la réduction entre créanciers quand leur gage ne suffit point pour les désintéresser intégralement. Mais les légataires de corps certains ne sont pas des créanciers, ils sont propriétaires, ils exercent un droit réel, comme tout autre propriétaire qui revendique une chose contre l'hérédité; il n'y a de contribution qu'entre les légataires de sommes d'argent ou de choses indéterminées. Nous avons déjà rencontré cette doctrine dans la matière de la réserve, et nous avons cru devoir la rejeter (2). La question est la même quand la réduction se fait à raison de l'insuffisance de l'actif héréditaire. Il faut s'en tenir au principe que, dans la pensée du testateur, tous les légataires ont un droit égal, de sorte que s'il avait prévu que ses biens ne suffiraient point pour payer tous les legs, lui-même les aurait réduits proportionnellement. La nature des legs n'a aucune influence sur cette réduction; on ne dira point que le testateur marque une plus grande affection pour celui de ses légataires à qui il lègue une ferme de 50,000 francs, que pour celui à qui il lègue une somme de 50,000 francs; donc la condition de tous doit être égale. Qu'importe que

(1) Rejet, 8 février 1843 (Dalloz, n° 4007).
(2) Voyez le tome XII de mes *Principes*, p. 239, n° 181.

l'un acquière directement la propriété du corps certain qui lui est légué, tandis que l'autre n'a qu'une action personnelle? Il n'est pas exact de dire que le légataire d'un corps certain revendique la chose léguée contre la succession, il doit faire une demande en délivrance à l'héritier débiteur du legs, aussi bien que le légataire d'une somme d'argent; en ce sens tous les légataires sont des créanciers. En un autre sens, ils sont tous propriétaires, car l'article 1014 dit que tout legs pur et simple donne au légataire un droit à la chose léguée, et ce droit n'est autre que la propriété (1). Ainsi les légataires sont tous créanciers tout ensemble et propriétaires; dès lors la nature de la chose léguée ne peut établir aucune différence entre eux en ce qui concerne la réduction des legs. Après tout, la nature du legs ne peut créer qu'une probabilité plus ou moins grande en faveur du légataire; or, la probabilité, quelque forte qu'elle soit, n'équivaut jamais à la déclaration expresse que l'article 927 exige. La jurisprudence a fini par se prononcer en faveur de cette opinion (2). Il y a des arrêts en sens contraire, mais ils ne répondent pas à l'argument, décisif à notre avis, qui résulte de l'article 927 (3).

§ V. *Des legs particuliers.*

ARTICLE 1. Quelles choses peuvent être léguées.

126. En principe, on peut léguer toute sorte de biens, meubles ou immeubles, pourvu qu'ils soient dans le commerce. Ils doivent être dans le commerce, puisque le legs est un mode légal de transmettre la propriété des choses. On peut aussi léguer des choses incorporelles, droits de

(1) Rejet, 8 mars 1858 (Dalloz, 1858, 1, 200); Cassation, 30 mars 1858 (Dalloz, 1858, 1, 151); Cassation, 16 août 1859 (Dalloz, 1859, 1, 339); Rejet, 29 novembre 1865 (Dalloz, 1866, 1, 157).

(2) Rejet, 11 janvier 1830 (Dalloz, n° 3908, 2°); Orléans, 7 avril 1848 (Dalloz, 1851, 2, 99); Paris, 23 janvier 1851 (Dalloz, 1851, 2, 200); Cassation, 25 novembre 1861 (Dalloz, 1861, 1, 457).

(3) Toulouse, 18 avril 1834 (Dalloz, n° 3909, 3°) et 14 juillet 1840 (*ibid.*, n° 4362); Bruxelles, 19 mai 1841 (*Pasicrisie*, 1842, 2, 119).

créance ou droits réels. Alors même qu'un droit réel immobilier est légué, tel qu'une servitude, la transmission de la propriété s'opère, à l'égard des tiers, par le seul effet du testament et sans qu'il soit nécessaire de faire la transcription du legs; notre loi hypothécaire n'assujettit à la transcription que les actes entre-vifs, translatifs de droits réels immobiliers. Nous reviendrons sur ce point au titre des *Hypothèques*. On peut aussi constituer une hypothèque par testament, pour la garantie de legs faits par le testateur. L'hypothèque testamentaire est soumise à la loi de publicité; il y a là une véritable anomalie, car l'hypothèque est aussi un droit réel immobilier (loi hypothécaire, art. 1).

On peut aussi léguer des faits, pourvu qu'ils soient possibles et licites. Nous dirons, au titre des *Obligations*, ce que l'on entend par faits impossibles et illicites. Les principes sont les mêmes en matière de legs.

Le code ne pose pas la règle que nous venons de formuler d'après tous les auteurs (1). Il se borne à décider les difficultés assez nombreuses qui se présentent dans l'application du principe.

N° 1. DU LEGS DE LA CHOSE D'AUTRUI.

127. L'article 1021 porte : « Lorsque le testateur aura légué la chose d'autrui, le legs sera nul, soit que le testateur ait connu ou non qu'elle ne lui appartenait pas. » C'est une dérogation à l'ancien droit; on y admettait, conformément au droit romain, que le legs était valable lorsque le testateur savait qu'il léguait la chose d'autrui. Non que le testateur pût disposer d'une chose qui ne lui appartenait point; en léguant une chose dont il savait n'être pas propriétaire, le testateur ne pouvait avoir qu'une intention, c'était de charger son héritier d'acheter la chose léguée et de la délivrer au légataire. Le testateur ne pouvait pas forcer le propriétaire à

(1) Pothier, *Des donations testamentaires*, n°s 158 et 177. Duranton, t. IX, p. 246, n° 233 et p. 249, n° 239.

vendre sa chose; lors donc que celui-ci refusait de la céder, ou qu'il demandait un prix hors de toute proportion avec sa valeur, l'héritier était tenu d'en payer l'estimation au légataire. Si, au contraire, le testateur croyait la chose sienne, bien qu'elle appartînt à autrui, le legs était nul; il était douteux, en effet, que le testateur eût fait le legs s'il avait su n'être pas propriétaire; or, les libéralités testamentaires doivent être l'expression d'une volonté certaine; un legs douteux n'est pas un legs. Toutefois on admettait une exception et on maintenait le legs quand les liens du sang, du mariage ou de l'amitié unissaient le testateur et le légataire, parce qu'il était à peu près certain, dans ce cas, que le testateur aurait donné, alors même qu'il aurait su que la chose ne lui appartenait pas (1).

Ces distinctions donnaient lieu à bien des difficultés dans l'application; c'est sans doute pour prévenir toute contestation que les auteurs du code ont prohibé le legs de la chose d'autrui. Au conseil d'Etat, Treilhard traita la doctrine romaine de subtilité et dit que mieux valait exiger une déclaration claire et nette de la volonté du testateur. Comme règle pratique, la disposition du code est certainement préférable; toutefois il n'est pas juste d'accuser les jurisconsultes romains de subtilité, alors qu'ils n'ont fait qu'interpréter, avec leur finesse habituelle, la volonté du testateur. Le droit est subtil de sa nature, et les distinctions sont de son essence; il ne faut donc pas faire un reproche aux jurisconsultes, nos maîtres, de ce qui fait leur titre de gloire (2).

128. Qu'entend-on par legs de la chose d'autrui? Il ne suffit pas que le testateur lègue une chose qu'il ne possède pas au moment où il teste pour qu'il y ait legs de la chose d'autrui, il faut que la chose appartienne à un tiers déterminé, ce qui implique que la chose aussi doit être déterminée. Le legs d'une chose indéterminée est donc très-valable, quoique le testateur ne possède pas les choses qu'il lègue : s'il lègue des denrées, et qu'il n'en

(1) Coin-Delisle, p. 479, n° 2 et p. 480, n° 6, et les auteurs qu'il cite.
(2) Séance du conseil d'Etat, du 27 ventôse an XI, n° 9 (Locré, t. V, p. 271).

ait point, il ne lègue pas la chose d'autrui. Il en est du legs de la chose d'autrui comme de la vente de la chose d'autrui; cette expression a un sens traditionnel, et c'est dans ce sens que les auteurs du code l'ont employée. Tout le monde est d'accord sur ce point (1).

129. Il faut donc que le legs ait pour objet un corps certain qui soit la propriété d'un tiers. Si le testateur a un droit sur la chose, quand ce ne serait qu'un droit éventuel, il n'y a pas de legs de la chose d'autrui. Un cas singulier s'est présenté devant la cour de cassation. La testatrice possédait l'immeuble légué depuis plus de trente ans; en le léguant, elle déclara qu'elle ne voulait pas se prévaloir de la prescription pour en acquérir la propriété, qu'elle entendait qu'il fût restitué à l'ancien propriétaire ou à ses ayants cause, s'ils en faisaient la réclamation en temps opportun, après son décès. Ce legs était-il nul comme legs de la chose d'autrui? Non, dit la cour, car la testatrice avait acquis la propriété de l'immeuble par la prescription trentenaire; elle renonçait, à la vérité, au bénéfice de la prescription, mais uniquement à l'égard de celui contre lequel elle disait avoir prescrit; à l'égard de tous autres, elle conservait entiers les droits attachés à la possession; ces droits faisaient partie de son patrimoine, elle pouvait les transmettre à ses héritiers ou légataires sous telles conditions qu'elle voulait leur imposer. C'est ce qu'elle avait fait. Au cas où ses légataires ne découvriraient pas l'ancien propriétaire dans un délai qu'elle fixait, elle les chargeait de payer une somme de 1,800 francs aux pauvres de la commune. En définitive, elle disposait d'un bien sur lequel, même à l'égard du propriétaire, elle conservait un droit éventuel; donc le legs était valable (2).

A plus forte raison n'y aurait-il pas legs de la chose d'autrui si le testateur était propriétaire de la chose léguée lors de son décès. Les legs n'ont d'effet qu'à la mort du testateur; ce n'est qu'à ce moment que l'on peut savoir si

(1) Coin-Delisle, p. 480, n° 7 et p. 479, n° 3 de l'article 1021, et tous les auteurs.
(2) Cassation, 24 mars 1869 (Dalloz, 1869, 1, 351).

le testateur lègue une chose qui appartient à un tiers. C'est l'opinion de tous les auteurs, sauf le dissentiment de Zachariæ, sur lequel il est inutile d'insister (1).

130. Y aurait-il legs de la chose d'autrui dans un legs conçu comme suit : « Je charge Pierre, mon légataire universel, de se procurer la maison de Paul, dans l'année de mon décès, pour la remettre à mon neveu; dans le cas où il ne pourra y parvenir, il payera 20,000 francs à ce dernier. » On s'accorde à décider que ce legs est valable; cependant, au fond le legs de la chose d'autrui n'était pas autre chose, dans l'ancien droit. Ne pourrait-on pas objecter que c'est faire indirectement ce que la loi défend de faire directement? Non, car le testateur ne lègue réellement pas la chose d'autrui; il lègue un fait, en chargeant son légataire universel de se procurer la maison, sinon de payer 20,000 francs au neveu du testateur; or, le legs d'un fait possible et licite est très-valable. Que le fait soit licite, cela est certain; il est aussi possible, cela est également certain, puisque tout ce que le testateur demande à son héritier, c'est qu'il fasse des offres au propriétaire de la maison.

On a donné une autre interprétation de ce legs pour en démontrer la validité. C'est un legs avec alternative, dit-on; l'une des choses qui y sont comprises, la maison, ne peut pas en faire l'objet, puisque c'est la maison d'autrui; mais la somme de 20,000 francs peut être donnée licitement; donc le legs vaudra comme legs d'une somme d'argent. Nous croyons que cette explication n'est pas exacte. Il n'y a pas d'alternative; le testateur ne dit pas qu'il lègue la maison de Paul ou 20,000 francs; il veut que son héritier se procure la maison de Paul, tel est l'objet principal du legs; c'est seulement en cas de refus de Paul qu'il charge le légataire de payer 20,000 francs à son neveu. Le légataire ne serait donc pas recevable à payer cette somme pour s'acquitter de ce qu'il doit; il faut d'abord qu'il fasse des offres, et c'est seulement quand ses offres auront été refusées, qu'il devra payer la somme

(1) Demolombe, t. XXI, p. 614, n° 681 *bis*, et les auteurs qu'il cite

qui, dans l'intention du testateur, tient lieu de la maison.

Il y a un cas analogue prévu par l'article 1020. La chose léguée est grevée d'un usufruit; le testateur charge le débiteur du legs de la dégager; c'est le charger d'acquérir l'usufruit qui appartient à un tiers. S'il ne parvient pas à la dégager, il devra au légataire la valeur de l'usufruit. Le code considère donc cette charge comme valable; dès lors il valide implicitement la charge qui consiste à acquérir la propriété de la chose; car, au point de vue des principes, les deux cas sont identiques.

Le legs pourrait être conçu de manière qu'il y ait obligation alternative. Si le testateur dit : Je lègue la maison de mon voisin ou 20,000 francs, le legs est alternatif. Dans ce cas, il y a lieu d'appliquer, par analogie, l'article 1192, aux termes duquel l'obligation est pure et simple, si l'une des deux choses qui y sont comprises d'une manière alternative ne pouvait être le sujet de l'obligation. Or, la maison appartenant à un tiers ne peut être léguée; reste donc la somme de 20,000 francs, qui fera seule l'objet du legs. Mais si le testateur se bornait à dire : « Je lègue la maison de mon voisin », le legs serait nul, car ce serait là le legs de la chose d'autrui, et l'article 1021 dit d'une manière absolue que ce legs est nul(1).

121. Le testateur peut-il léguer la chose de l'héritier *ab intestat* ou du légataire universel? Cette question est très-controversée (2). Il faut distinguer les divers cas qui peuvent se présenter.

La jurisprudence admet que le testateur peut léguer la chose de l'héritier sous forme de charge ou de condition. Si le testateur institue un légataire universel avec la charge de donner à Pierre une maison qui lui appartient, ou sous la condition de donner cette maison à Pierre, le legs est valable. La cour de Paris l'a jugé ainsi implicitement et, sur le pourvoi, la cour de cassation a décidé qu'elle avait fait la plus juste application de la loi (3). Les

(1) Duranton,, t. IX, p. 254, n° 245-247; Demolombe, t. XXI, p. 615, n° 682, 685.
(2) Voyez les sources dans Dalloz, n° 3769-3775.
(3) Paris, 7 juin 1820, et Rejet, 19 mars 1822 (Dalloz, n° 3772).

auteurs enseignent généralement la même opinion, sauf Merlin, qui la combat vivement. Il la traite d'absurde, parce qu'elle revient à dire que le testateur peut faire indirectement ce qu'il ne lui est pas permis de faire directement. Le principe invoqué par Merlin est vrai ; l'on ne peut pas faire indirectement ce que le législateur défend de faire directement. Toutefois il y a aussi un vieil adage qui dit le contraire : *Multa fiunt per indirectum, quæ non possunt fieri directè*. Quand il y a deux principes qui semblent se contredire, cela prouve qu'aucun des deux n'est vrai d'une manière absolue. En quel sens dit-on qu'il n'est pas permis de faire indirectement ce que la loi défend de faire directement? En ce sens qu'il n'est pas permis d'éluder la loi; encore faut-il que la loi soit d'ordre public, car aux lois d'intérêt privé il est permis de déroger. Si la disposition n'a pas pour objet d'éluder la loi, c'est-à-dire de la violer, si elle a un objet différent de celui que la loi a eu en vue, il n'y a plus de raison pour l'annuler. Or, tel est bien le legs de la chose appartenant à l'héritier quand il est fait sous forme de charge ou de condition. Le testateur ne songe pas à éluder la loi, car il fait une disposition différente de celle que la loi a prohibée. Que défend la loi? Elle défend de léguer la chose d'autrui. Défend-elle aussi d'instituer un héritier, à charge par lui de donner à un tiers une chose qui lui appartient? Cette seconde disposition diffère de celle que la loi prohibe; elle ne tend donc pas à éluder la loi; donc le principe invoqué par Merlin doit être écarté (1).

Est-il vrai, comme le dit Merlin, que le legs de la chose de l'héritier, fait sous forme de charge, équivaut absolument au legs de la chose d'autrui? Nous allons citer un exemple emprunté à la jurisprudence, qui prouve que le testateur peut avoir d'excellentes raisons pour léguer la chose de l'héritier sous forme de charge, et que cette disposition est tout autre que le legs pur et simple de la chose d'autrui. Une testatrice, voulant mettre son oncle

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Legs*, sect. III, § III, n° 10 (t. XVIII. p. 20).

dans l'impossibilité de dissiper le capital de la fortune qu'elle lui lègue et mettre ses propres biens à l'abri de cette dissipation, l'institue légataire universel de l'usufruit, avec la charge de donner la nue propriété de tels biens à un tiers; dans l'intention de la testatrice, il ne devait rester à son oncle que des biens en usufruit (1). Voilà le legs de la chose de l'héritier; il a certes un tout autre but que le legs pur et simple de la chose d'autrui; donc de ce que la loi prohibe de léguer la chose d'autrui, on ne peut pas conclure qu'elle défende de faire un legs indirectement sous forme de charge. L'argumentation de Merlin est un abus de logique.

Le seul point qui reste douteux est de savoir si la charge ou la condition doit être exprimée en termes formels. Dans l'espèce que nous venons de citer, il a été jugé que cela n'est pas nécessaire, qu'il suffit que la condition ou charge résulte de l'ensemble du testament ou des circonstances de la cause. Nous n'oserions pas aller jusque-là. La règle est que le legs de la chose d'autrui est nul; cette règle s'applique à la chose de l'héritier, comme nous allons le dire; ce n'est que par exception que le testateur peut disposer de ce qui ne lui appartient pas lorsqu'il le fait sous forme de charge ou de condition. Or, n'est-il pas de l'essence de toute exception qu'elle soit formulée d'une manière expresse? Peut-on admettre une exception tacite? Nous ne le croyons pas.

132. Faut-il aller plus loin et décider que le legs de la chose de l'héritier est toujours valable? Les auteurs sont partagés et il y a des arrêts en sens divers. Nous croyons que le legs est nul. Cela résulte du texte et de l'esprit de la loi. L'article 1021 porte que lorsque le testateur aura légué la chose d'autrui, le legs sera nul. Qu'entend-on par chose d'autrui? La cour de Bruxelles répond: Tout ce qui est à d'autres personnes; donc tout ce qui n'appartient pas au testateur, sans distinction des rapports qui peuvent exister entre le testateur et celui qui

(1) Orléans, 31 mars 1849 (Dalloz, 1852, 2, 16). Le même arrêt est rapporté dans Dalloz, 1849, 2, 125.

est propriétaire de la chose; par conséquent la chose de l'héritier est chose d'autrui, aussi bien que la chose d'une personne étrangère au défunt. Voilà l'argument de texte, et il devrait suffire, puisqu'il est formel. Quel est l'esprit du code civil? L'article 1021 n'est pas une disposition isolée; l'article 1599 consacre un principe analogue, en statuant que la vente de la chose d'autrui est nulle. C'est donc un principe général de notre législation moderne, que personne ne peut disposer de ce qui ne lui appartient pas. Si le législateur avait entendu faire une exception pour le legs de la chose de l'héritier, il aurait dû le dire, car les exceptions ne se présument point. La loi n'établissant aucune exception, la règle générale doit être appliquée à la chose de l'héritier aussi bien qu'à la chose de tout tiers (1).

Il y a des arrêts en sens contraire de la cour même de Bruxelles dont nous venons d'invoquer l'autorité; on peut les négliger, parce qu'ils sont à peine motivés (2). Les motifs de cette opinion ont été longuement développés dans un arrêt de la cour de Bastia (3); la cour s'est inspirée de la tradition romaine dans une matière où le législateur français a rompu avec le passé. En droit romain, on distinguait entre le legs de la chose d'autrui et le legs de la chose appartenant à l'héritier; or, le code n'annule que le legs de la chose d'autrui, il maintient donc implicitement les anciens principes en ce qui concerne le legs de la chose de l'héritier. Si le code avait consacré la doctrine traditionnelle en ce qui concerne le legs de la chose d'autrui, on aurait pu en conclure qu'il maintient tacitement l'ancienne doctrine de la validité du legs qui a pour objet la chose de l'héritier. Mais le code rejetant le principe traditionnel quant au legs de la chose d'autrui, il faut dire avec la cour de Bruxelles que le legs de la chose

(1) Bruxelles, 14 juillet 1841 (*Pasicrisie*, 1842, 2, 222). Comparez Bruxelles, 17 octobre 1821 (*Pasicrisie*, 1821, p. 469). Troplong, t. II, p. 179, n° 1949.

(2) Arrêts de la chambre de cassation, du 4 janvier 1817 (*Pasicrisie*, 1817, p. 285), et de la cour d'appel, du 20 mars 1823 (*ibid.*, 1823, p. 371).

(3) Bastia, 3 février 1836 (Dalloz, n° 3773, 2°). Dans le même sens, Toullier, t. III, 1, p. 293, n° 517; Duranton, t. IX, p. 262, n° 251; Coin-Delisle, p. 482, n° 18 de l'article 1021.

de l'héritier ne pourrait être valable qu'à titre d'exception et que; la loi ne consacrant pas cette exception, il n'appartient pas à l'interprète de la créer. Cela est décisif si l'on admet que le legs de la chose de l'héritier est le legs de la chose d'autrui. La cour de Bastia le nie par une étrange raison. Par suite de l'acceptation de l'hérédité, il y a confusion de personnes entre le testateur et l'héritier; les biens du défunt deviennent les biens de l'héritier, donc les biens de l'héritier deviennent aussi les biens du défunt. En vérité, cela n'est pas sérieux. Quoi! le testateur serait maître de disposer des biens de son héritier, parce que l'héritier est le représentant du défunt! Est-ce que par hasard le défunt serait aussi le représentant de son héritier? Au moins, dit la cour de Bastia, le legs de la chose de l'héritier n'est pas le legs de la chose d'un *tiers*. Faut-il demander à la cour où il est dit que la loi n'annule que le legs de la chose appartenant à un *tiers?* Et, en fait de propriété, tous ceux qui ne sont pas propriétaires ne sont-ils pas des tiers à l'égard de celui qui a seul la propriété de la chose? Enfin, dit la cour, tout legs de la chose de l'héritier implique une charge ou une condition, et il est valable à ce titre. On trouve le même motif dans un arrêt de la cour de Bruxelles (1); il prouve combien il est dangereux d'admettre une charge ou une condition tacite; on ne se contente plus d'une charge résultant du testament ou des circonstances de la cause, on induit la condition de la nature du legs, de sorte qu'il y aurait des legs conditionnels de plein droit. Le législateur seul peut sous-entendre des conditions; l'interprète n'a pas ce pouvoir.

133. Ces principes s'appliquent-ils au legs fait en usufruit? La question s'est présentée dans les circonstances suivantes. Une femme lègue à son mari l'usufruit de tous les biens qu'elle laissera à son décès. On demande si ce legs comprend l'usufruit des biens dont la testatrice n'avait que la nue propriété à son décès, l'usufruit appartenant à son père. La question est de savoir si le legs

(1) Bruxelles, 18 février 1830 (*Pasicrisie*, 1830, p. 46).

litigieux est le legs de la chose d'autrui. Il n'y a que les personnes étrangères au droit qui puissent former un doute pareil. Comme le dit la cour de Bordeaux dans un arrêt très-bien motivé, l'usufruit est un démembrement temporaire de la propriété; la jouissance appartient en essence au nu propriétaire, puisqu'elle doit lui revenir après la mort de l'usufruitier; il y a donc un droit plus qu'éventuel, il y a un droit certain; la seule chose qui soit incertaine, c'est l'époque à laquelle l'usufruit se réunira à la propriété; en ce sens, le droit devient éventuel pour le légataire de l'usufruit, puisqu'il se peut qu'il prédécède à l'usufruitier. Toujours est-il que ce droit est dans le domaine du nu propriétaire, donc il en peut disposer (1). On faisait, dans l'espèce, bien des objections; nous croyons inutile d'y répondre; l'arrêt de la cour y fait une réponse péremptoire.

134. Le legs de la chose d'autrui étant nul, le légataire n'a aucune action contre celui qui est chargé de l'acquitter. Mais si le legs est payé, quel en sera l'effet? Si c'est le propriétaire de la chose qui en a fait la délivrance, l'exécution qu'il donne au legs en couvre la nullité : c'est une confirmation. Cette confirmation est valable, puisqu'il ne s'agit pas d'une nullité d'ordre public; nous supposons, bien entendu, que la confirmation réunit les conditions requises par la loi. Il y a un arrêt en ce sens de la cour de Liége. Le mari comprend des biens de sa femme dans un legs qu'il fait; la femme exécute le legs; après sa mort, ses héritiers demandent la nullité du legs en tant qu'il a pour objet les biens de la femme, puisque c'est le legs de la chose d'autrui. Il a été jugé que la femme ayant exécuté le legs des biens qui lui appartenaient, la nullité était couverte; en effet, la femme avait manifesté formellement la volonté d'exécuter en entier les dispositions testamentaires de son mari (2).

135. Il se peut que le legs soit exécuté par l'héritier qui ignore, ainsi que le testateur, que la chose apparte-

(1) Bordeaux, 16 juin 1863 (Dalloz, 1863, 2, 157).
(2) Liége, 13 août 1835 (*Pasicrisie*, 1835, 2, 313).

nait à autrui. Le propriétaire conserve son droit, cela va sans dire; s'il revendique, le légataire évincé aura-t-il droit à la garantie? La négative est certaine. Si l'acheteur évincé a une action contre son vendeur, c'est parce que celui-ci s'oblige à transférer la propriété de la chose vendue, et il est tenu de l'inexécution de ses engagements; tandis que le testateur ni son héritier ne contractent aucune obligation de garantie envers le légataire. Nous dirons plus loin dans quels cas, par exception, le légataire a droit à la garantie (1).

Nº 2. LEGS D'UNE CHOSE INDIVISE.

136. Le legs d'une chose indivise n'est pas le legs de la chose d'autrui, puisque chacun des copropriétaires a un droit qui s'étend sur toute la chose tant que l'indivision subsiste. Mais le partage ou la licitation peuvent résoudre le droit des indivisaires; en effet, le partage est déclaratif de propriété, d'où la conséquence consacrée par l'article 883, en ce qui concerne les héritiers, que chacun d'eux est censé avoir toujours été propriétaire des objets mis dans son lot, ou à lui échus sur licitation, et n'avoir jamais eu la propriété des autres biens de la succession. Il faut tenir compte de ce principe quand il s'agit de déterminer les effets d'un legs qui a pour objet une chose indivise, mais on ne doit pas l'appliquer d'une manière absolue; car, en matière de legs, c'est l'intention du testateur qui est décisive, bien plus que les fictions de droit que le législateur établit. Il y a donc ici divers principes qu'il faut concilier. De là la nécessité de distinguer.

137. Supposons d'abord que l'indivision ait cessé à la mort du testateur. Si elle a cessé par la vente que le testateur a faite de sa part, il faut appliquer l'article 1038 qui porte : « Toute aliénation que fera le testateur de tout ou partie de la chose léguée emporte la révocation du legs pour tout ce qui a été aliéné. » S'il y a eu partage

(1) Duranton, t. IX, p. 264, nº 253, et tous les auteurs.

et que le testateur ait eu sa part en nature dans la chose indivise, le légataire aura cette part; l'intention du testateur coïncide, dans ce cas, avec l'effet du partage; il a légué sa part, et le partage lui a donné cette part en nature. Mais le partage peut aussi attribuer la chose pour le tout au testateur; le légataire aura-t-il droit, dans ce cas, à toute la chose? Ce n'est pas l'effet du partage qui décide cette question; il faut voir ce que le testateur a voulu donner au légataire; s'il ne lui a légué que sa part, les termes mêmes du legs prouvent qu'il n'a pas entendu lui donner le tout; peu importe qu'à son décès il soit propriétaire du tout, le légataire ne peut réclamer que ce qui lui a été légué; il n'aura droit à toute la chose que si les termes du legs prouvent que le testateur a entendu lui donner toute la chose. Pour que l'on puisse admettre que le testateur lègue toute la chose indivise, il faut supposer qu'il y a d'autres choses indivises, ce qui arrive en cas de succession, de communauté ou de société; l'effet du legs sera alors déterminé par le résultat du partage; si la chose tombe au lot du testateur, le légataire y aura droit, puisqu'elle lui a été donnée; si elle ne tombe pas dans son lot, le legs sera caduc, puisque la chose léguée ne se trouve pas dans la succession du testateur, celui-ci étant censé n'y avoir jamais eu aucun droit. Si c'est une chose déterminée qui appartient à plusieurs personnes par indivis, chacun n'y a que sa part, et on ne peut pas supposer, quand elle lègue ses droits dans cette chose, qu'elle ait entendu disposer au delà de sa part. Elle peut donner moins; celui qui est copropriétaire pour moitié peut ne léguer qu'un tiers ou un quart; quand même la chose lui serait attribuée pour le tout, le légataire ne pourrait réclamer que la part qui lui a été donnée, et le legs deviendrait caduc si la chose indivise était attribuée à un autre copropriétaire (1).

La cour de cassation a jugé, par application de ces principes, que si le testateur a légué la moitié d'une mé-

(1) Coin-Delisle, p. 481, nos 12-15. Duranton, t. IX, p. 257, no 248. Demolombe, t. XXI, p. 626, no 692, et les auteurs qu'ils citent.

tairie indivise entre lui et un tiers et la moitié d'un moulin aussi indivis et si, par le partage, le testateur devient propriétaire de la totalité de la métairie, tandis qu'il ne conserve aucun droit sur le moulin, le légataire n'aura droit qu'à la moitié de la métairie, car elle ne lui a été léguée que pour moitié ; il n'aura aucun droit sur le moulin, puisqu'il ne se trouve plus dans le patrimoine du testateur, lequel est censé n'y avoir jamais eu aucun droit (1).

128. Supposons maintenant que l'indivision subsiste encore lors du décès du testateur. Il y a un cas dans lequel la décision n'est pas douteuse. Le copropriétaire d'un fonds lègue sa part ou ses droits dans le fonds ; le légataire prend la place du défunt, il succède à ses droits ; il sera donc copropriétaire par indivis pour la part qui appartenait au testateur ; le partage déterminera ses droits ; il aura, ou sa part divisée dans le fonds, ou sa part sous forme de soulte, ou tout le fonds avec charge de payer une soulte à ses copropriétaires. Il ne peut jamais avoir tout le fonds, car le testateur ne peut pas léguer au delà de sa part, ce serait le legs de la chose d'autrui, que l'article 1021 annule. Il en serait ainsi quand même le testateur aurait dit qu'il lègue son fonds, il n'a pu léguer que ce qui lui appartenait, c'est-à-dire sa part indivise (2).

Si la chose léguée fait partie d'une masse indivise, communauté, société, succession, le droit du légataire dépendra, nous semble-t-il, du résultat du partage. Si la chose léguée tombe au lot des héritiers du testateur, le légataire y aura droit pour le tout, puisqu'elle lui a été donnée pour le tout, et le testateur a pu la donner, puisqu'il est censé en avoir toujours été propriétaire. Mais que faut-il décider si la chose tombe au lot d'un cohéritier du testateur? Sur ce point, les opinions sont partagées. A notre avis, il faut appliquer l'article 883 ; le tes-

(1) Rejet, 28 février 1826 (Dalloz, n° 3787). Comparez Caen, 4 juin 1825 (Dalloz, n° 3772).

(2) Duranton, t. IX, p. 257, n° 248, et tous les auteurs. Metz, 30 mars 1816 (Dalloz, n° 3780).

tateur étant censé, par l'effet du partage, n'avoir jamais été propriétaire de la chose léguée, il n'a pu en disposer, c'est le legs de la chose d'autrui, nul à ce titre (1). On objecte que le testateur a entendu léguer soit la chose, soit sa valeur; en effet, si la chose n'est pas mise dans son lot, on y mettra une valeur quelconque qui en sera l'équivalent; c'est cette valeur, dit-on, que le légataire pourra réclamer (2). Nous répondons que c'est dépasser l'intention du testateur; il n'a pas légué la chose ou sa valeur, il a légué une chose déterminée sur laquelle il avait un droit indivis; or, le droit indivis dépend du partage, il s'évanouit si la chose tombe au lot d'un copropriétaire de celui qui en a disposé; en réalité, il reçoit une valeur en échange; mais la loi n'y voit pas un échange, et le testateur n'a pas donné cette valeur; le légataire est donc sans droit. D'autres interprètes écartent l'article 883 et disent qu'il est étranger au légataire, qui ne peut pas s'en prévaloir et auquel on ne peut l'opposer (3). C'est, il est vrai, une fiction, mais une fiction dont la loi fait une règle, un principe; il faut donc l'appliquer comme tel, à moins que la volonté des parties ne s'y oppose. Dans l'espèce, il s'agit de savoir quelle est l'intention du testateur qui lègue un droit indivis. Quand il n'explique pas sa pensée, il faut croire qu'il a entendu se conformer au principe établi par la loi. Sans doute il y peut déroger, mais s'il le veut, qu'il le dise!

139. Le code civil contient une disposition spéciale pour le cas où c'est le mari qui dispose d'un effet de la communauté. Nous expliquerons l'article 1423 au titre du *Contrat de Mariage*, où est le siége de la matière.

N° 3. LEGS DE CHOSES DÉTERMINÉES.

140. Quand une chose déterminée est léguée, le légataire y a droit du jour du décès du testateur (art. 1014);

(1) Demante, continué par Colmet de Santerre, t. IV, p. 351, n° 166 *bis* VIII. Comparez Marcadé, t. IV, p. 103, art. 1021, nos I et II.
(2) Demolombe, t. XXI, p. 631, n° 695, et les auteurs qu'il cite.
(3) Aubry et Rau, t. V, p. 537 et notes 15, 17, § 675, et les auteurs qu'ils citent.

ce droit se réalise par l'acceptation et la délivrance. Reste à savoir ce que comprend la chose léguée. L'article 1018 répond que la chose léguée sera délivrée avec les *accessoires nécessaires*; donc le legs comprend les accessoires, mais il ne les comprend pas tous, il n'y a que ceux qui sont *nécessaires* à l'usage de la chose qui soient dus au légataire. Comment peut-on savoir quels accessoires sont nécessaires et quels accessoires ne le sont pas? Il y a d'abord des choses que la loi elle-même déclare accessoires en les immobilisant; ce sont les choses mobilières que le propriétaire place sur un fonds agricole ou industriel pour l'usage et l'utilité de ce fonds, ou ceux qu'il y attache à perpétuelle demeure; ces choses prenant la nature de l'immeuble auquel elles sont attachées par un lien matériel ou par leur destination, dans l'intérêt de l'agriculture ou de l'industrie, font corps avec l'immeuble; la loi veut qu'elles ne puissent pas en être détachées, ce sont donc plus que des accessoires nécessaires, ce sont des parties du fonds (1). Il y a d'autres accessoires que l'usage désigne : tels sont les accessoires cités par Pothier, à qui les auteurs du code ont emprunté le principe formulé par l'article 1018. Si l'on m'a légué une armoire, on m'en doit donner la clef, car c'est un accessoire nécessaire de l'armoire; pour mieux dire, elle en fait partie (2). Les titres d'un héritage en sont un accessoire et doivent être délivrés au légataire. Enfin, la volonté du testateur peut être que certaines choses soient délivrées au légataire comme accessoires. Pothier cite cet exemple donné par Ulpien. Un testateur lègue l'usufruit d'un fonds enclavé; le droit de passage devra être fourni au légataire par le débiteur du legs en vertu de l'intention du testateur; ce ne sera pas le passage légal que le propriétaire enclavé peut réclamer et pour lequel il doit payer une indemnité; le légataire aura droit au passage en vertu

(1) Duranton, t. IX, p. 274, n° 269. Comparez le tome V de mes *Principes*, p. 537, n°s 433-476.

(2) Pothier, *Donations testamentaires*. n° 275. *Introduction à la coutume d'Orléans, titre XVI*, n° 94.

de son legs et l'héritier devra le lui fournir sans indemnité (1).

141. L'article 1018 ajoute que « la chose léguée doit être délivrée dans l'état où elle se trouvera au jour du décès du donateur. » Avant le décès du testateur, le légataire n'a aucun droit à la chose léguée; le testateur en conserve l'entière disposition, il en peut user et abuser, l'améliorer ou la détériorer, il ne la lègue que pour le temps où il ne sera plus; le droit du légataire s'ouvrant le jour du décès, la conséquence est que la chose lui doit être délivrée dans l'état où elle se trouve en ce moment. Quant aux changements qu'elle peut éprouver à partir du décès jusqu'à la délivrance, on applique les principes qui régissent la dette d'un corps certain. La chose reçoit-elle des augmentations naturelles sans le fait de l'héritier, par une alluvion par exemple, le légataire en profite; il supporte aussi les diminutions qui résultent d'un cas fortuit. Si l'héritier a dégradé la chose par sa faute, il en doit indemniser le légataire : il est tenu à cet égard de la faute commune, dit Pothier, c'est-à-dire qu'il doit apporter à la conservation de la chose les soins d'un bon père de famille (art. 1137). Par contre, si l'héritier faisait des dépenses pour la conservation de la chose, le légataire devrait les lui rembourser; s'il a fait des travaux utiles, le légataire doit permettre à l'héritier d'enlever les plantations ou constructions, si mieux il n'aime lui en rembourser le coût. C'est la décision de Pothier (2).

142. L'article 1019 prévoit le cas où celui qui a légué la propriété d'un immeuble l'augmente ensuite par des acquisitions; il décide que ces acquisitions, fussent-elles contiguës, ne seront pas censées, sans une nouvelle disposition, faire partie du legs. C'est une dérogation à l'ancien droit. Pothier dit, en termes généraux, que le légataire profite des augmentations qui proviennent du fait du testateur depuis le testament, et il applique ce principe au cas prévu par l'article 1019 : si, dit-il, le testateur

(1) Pothier, *Des donations testamentaires*, n° 275. Demolombe, t. XXI, p. 635, n° 703.
(2) Pothier, *Introduction au titre XVI de la coutume d'Orléans*, n° 93.

achète des morceaux de terre et s'il les incorpore à la métairie qu'il a léguée, la chose léguée, doit être délivrée au légataire avec ces augmentations. Pourquoi les auteurs du code se sont-ils écartés de l'opinion de Pothier, leur guide habituel? C'est une interprétation d'intention. Dans l'ancien droit, on présumait que la volonté du testateur était de comprendre les nouvelles acquisitions dans la chose léguée. Il y avait cependant un doute; c'est une chose déterminée qui fait l'objet du legs; au moment où il teste, le donateur ne peut pas songer à comprendre dans le legs des terrains qui ne lui appartiennent pas; son intention est-elle d'étendre sa libéralité, cette extension constitue une libéralité nouvelle qui demande une nouvelle disposition (1).

143. L'article 1019 admet une exception en faveur du légataire : si un enclos a été légué et que le testateur en augmente l'enceinte, le légataire profitera de cette augmentation, quoique ce soit une acquisition nouvelle. La distinction que le code fait entre l'acquisition d'un terrain contigu et l'augmentation d'un enclos est un peu subtile; elle se justifie néanmoins par la nature de l'objet légué et par l'intention du testateur. Celui qui étend l'enceinte d'un enclos qu'il a légué doit avoir l'intention de comprendre l'acquisition nouvelle dans son legs, et le legs, d'un autre côté, comprend tout ce qui est entouré de la clôture : le terrain nouveau s'identifie donc avec la chose léguée et n'en saurait être séparé. Il en est autrement lorsque le testateur fait des acquisitions nouvelles contiguës à un terrain ouvert, ou ne formant pas un enclos; dans ce cas, la chose léguée reste distincte des terrains nouvellement acquis, ce sont donc deux choses différentes dont l'une a été léguée, dont l'autre ne l'a pas été; dès lors si le testateur veut que le légataire profite de l'acquisition nouvelle, il doit faire un nouveau legs.

144. La disposition concernant les enclos donne lieu à quelques difficultés. On demande d'abord s'il faut appli-

(1) Pothier, *Des donations testamentaires*, n° 265. Demolombe, t. XXI, p. 648, n° 719.

quer à l'article 1019 la définition que la loi du 6 octobre 1791 (sect. IV, art. 6) donne de l'enclos en ces termes : « Un héritage est censé clos lorsqu'il est entouré de murs ou lorsqu'il est exactement fermé et entouré de palissades ou de treillages, ou d'une haie vive, ou d'une haie sèche, ou de toute autre manière de faire des haies en usage dans chaque localité, ou d'un fossé de quatre pieds de large à l'ouverture et de deux pieds de profondeur. » Cette disposition est citée par plusieurs auteurs comme servant à interpréter l'article 1019; mais on n'a qu'à se rappeler l'objet de la loi de 1791, appelée le *Code rural*, pour se convaincre que la définition de la clôture qu'elle donne n'a rien de commun avec les legs. La loi de 1791 concerne les délits ruraux et définit la circonstance aggravante de la clôture. Il est vrai que tout terrain clos comme le veut le code rural est un enclos, mais les conditions qu'il exige ne sont pas applicables au legs d'un enclos, en ce sens que le terrain peut former un enclos, quoiqu'il ne soit pas clos, comme le dit la loi de 1791 : c'est une question de fait (1).

On demande ensuite si l'article 1019 ne s'applique qu'aux héritages ruraux. La loi étant générale, on doit l'appliquer aux fonds bâtis; la cour de cassation l'a jugé ainsi dans l'espèce suivante. Un testateur, marié sous le régime de la communauté d'acquêts, légua ses propres et, notamment, une maison patrimoniale à son frère et tous ses biens meubles et immeubles acquêts à sa femme. Postérieurement il acheta, avec des deniers dépendants de la communauté, une maison et un jardin contigus à celle qu'il avait léguée, il fit abattre celle-ci et construisit à sa place une maison beaucoup plus vaste; puis, sur l'emplacement de la maison et du jardin nouvellement acquis, il éleva un ensemble de constructions qui devinrent comme les accessoires de la nouvelle habitation. Après sa mort, la veuve exécuta le testament, qu'elle aurait pu critiquer en ce qui concernait les nouvelles acquisitions; mais son héritier prétendit que ces acqui-

(1) Coin-Delisle, p. 476, n° 7 de l'article 1019.

sitions et constructions nouvelles n'étaient pas comprises dans le legs, puisqu'il ne s'agissait pas d'un enclos. La cour de Poitiers valida le legs. D'une part, il résultait du testament que le testateur avait voulu conserver à la famille ses biens patrimoniaux, qu'il avait entendu donner à son frère sa maison et tout ce qui y serait annexé par acquisition, reconstruction et réparation. D'autre part, le mot *enclos* s'applique aux fonds bâtis comme aux propriétés non bâties, dès que les constructions sont comprises dans la même enceinte. Restait une objection que le pourvoi fit valoir : le testateur n'avait pas pu disposer de l'acquisition nouvelle, puisque, par son contrat de mariage, stipulant une société d'acquêts, les futurs époux avaient donné les acquêts au survivant. La cour répond que la femme aurait eu le droit de contester cette partie du legs, mais qu'elle avait accepté et exécuté le testament, ce qui rendait son héritier non recevable à agir (1).

145. L'application des principes que nous venons d'exposer soulève une difficulté plus sérieuse. Si le legs comprend une universalité, telle qu'un domaine ou les immeubles situés dans telle commune, le légataire profitera-t-il des acquisitions nouvelles? En principe, il faut répondre négativement. L'article 1019 est conçu dans les termes les plus généraux; il parle du legs d'un immeuble, sans distinguer si cet immeuble se compose d'un terrain unique, ou s'il comprend une maison d'habitation, des jardins, prés, bois : une ferme, un domaine sont des immeubles. La loi ajoute que les acquisitions nouvelles ne sont pas comprises dans le legs, quand même elles seraient contiguës; le législateur n'admet donc aucune exception, il exige, dans tous les cas, que le testateur fasse une nouvelle disposition s'il veut que le légataire profite des acquisitions. Ce qui confirme cette règle absolue, c'est que le second alinéa de l'article 1019 y apporte une dérogation pour le cas où un enclos a été légué ; l'exception confirme la règle, il faut donc s'y tenir (2).

(1) Rejet, 6 janvier 1846 (Dalloz, 1852, 5, 341).
(2) Coin-Delisle, p. 475, n° 4 de l'article 1019. En sens contraire, Mourlon,

Il faut décider la même chose quand le testateur lègue les immeubles qu'il possède dans telle commune. S'il en acquiert de nouveaux postérieurement au testament, ils ne sont pas compris dans le legs. C'est un legs particulier; il tombe donc sous l'application de l'article 1019. Le texte est en harmonie avec l'intention du testateur; celui qui lègue ce qu'il *possède* ne lègue pas ce qu'il possédera; si, en acquérant, son intention est d'en faire profiter le légataire, il faut qu'il le dise. La jurisprudence est en ce sens (1).

146. L'article 1019 ajoute que les embellissements et constructions nouvelles sont compris dans le legs et profitent au légataire. C'est l'application du principe général établi par l'article 1013; la chose léguée doit être délivrée au légataire dans l'état où elle se trouve au décès du testateur, donc embellie et améliorée, si le testateur a fait des embellissements et des constructions. Pour les constructions, il se présente une difficulté qui fait l'objet d'une controverse. Tout le monde admet que l'article 1019 est applicable lorsque le testateur a ajouté des constructions à celles qui existaient déjà; mais, dit-on, quand le legs porte sur un fonds non bâti et que sur ce fonds le testateur élève une construction, le legs, loin d'être augmenté, devient caduc; en effet, la chose léguée n'existe plus; le testateur avait donné un fonds, et à sa mort il y a une maison. Nous reviendrons sur la question de révocation en traitant de la révocation des legs. A notre avis, le legs subsiste, et il comprend les constructions nouvelles : l'article 1019 le dit. On objecte que la loi, en parlant de constructions *nouvelles*, suppose qu'il y avait déjà d'anciennes constructions; nous répondons que l'expression de constructions *nouvelles* signifie aussi des constructions nouvellement faites, c'est-à-dire postérieures au testament. Cette interprétation est en harmonie avec les principes et avec l'intention du testateur. Le legs a pour

t. II, p. 376, 1°, d'après Bugnet sur Pothier, t. VIII, p. 300; Demolombe, t. XXI, p. 650, n° 720.

(1) Pau, 26 juin 1824 (Dalloz, n° 3704, 3°). Caen, 12 juillet 1834, et Rejet, 10 juin 1835 (Dalloz, n° 3961, 2°).

objet la propriété du fonds, donc il porte sur les accessoires du fonds, et telles sont les constructions. C'est ainsi que l'hypothèque s'étend aux constructions élevées sur un fonds. Il est vrai qu'au moment où le testateur construit, le legs n'existe pas encore; de droit, non, mais dans la pensée du testateur il existe; s'il construit sur le fonds sans révoquer le legs, c'est que son intention est d'augmenter le legs; il sait que les constructions sont l'accessoire du sol, et qu'à ce titre elles doivent profiter au propriétaire du sol; si sa volonté est que le légataire n'en profite pas, s'il entend révoquer le legs, il doit le dire (1).

Le légataire profite des constructions alors même que les dépenses ne seraient pas encore payées; ce serait une dette contractée par le défunt; or, les dettes ne sont pas à charge du légataire particulier, quoiqu'elles soient contractées dans son intérêt; les successeurs universels devront la supporter. Nous avons dit plus haut qu'il en serait ainsi même dans le cas où les constructions auraient été faites par un locataire en vertu d'un bail obligatoire pour le légataire.

147. L'article 1020 porte : « Si, avant le testament ou depuis, la chose léguée a été hypothéquée pour une dette de la succession ou même pour la dette d'un tiers, ou si elle est grevée d'un usufruit, celui qui doit acquitter le legs n'est point tenu de la dégager, à moins qu'il n'ait été chargé de le faire par une disposition expresse du testateur ».

Le code déroge à l'ancien droit en ce qui concerne l'hypothèque. Quand la dette garantie par l'hypothèque était celle du testateur, l'héritier était obligé de dégager la chose, c'est-à-dire de payer le créancier. On fondait cette obligation sur le principe de la délivrance : l'héritier tenu à délivrer, disait-on, doit par cela même en procurer au légataire la libre possession et jouissance, il doit

(1) Duranton, t. IX, p. 272, n° 267; Coin-Delisle, p. 476, n°s 9 et 10 de l'article 1019. Demolombe, t. XXI, p. 643, n° 714. En sens contraire, Vazeille, t. III, p. 68, art. 1019, n° 5. Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, p. 753, n° 317, note *a*. Marcadé, t. IV, p. 100, n° II de l'article 1019.

donc affranchir la chose léguée de l'hypothèque qui la grève. Si la chose était hypothéquée pour la dette d'un tiers, l'héritier était encore obligé de la dégager, dans le cas où le testateur connaissait l'existence de l'hypothèque. Le principe contraire établi par le code est plus juridique et plus rationnel. Il n'est pas exact de dire que l'héritier doive procurer au légataire la jouissance libre de la chose; c'est confondre l'obligation de l'héritier avec celle du vendeur. Le vendeur s'oblige à transférer la propriété ou au moins la possession libre; tandis que l'héritier est simplement tenu de mettre le légataire en possession, et il lui délivre la chose dans l'état où elle se trouve, c'est-à-dire démembrée par un droit réel si le testateur l'a donnée ainsi. Telle est aussi l'intention du testateur; il veut donner la chose hypothéquée, le légataire l'acquiert par conséquent grevée de l'hypothèque. Il n'en résulte pas qu'il doive supporter la dette pour laquelle l'immeuble légué est hypothéqué; nous avons dit plus haut que tel n'est pas le sens de l'article 1020 (n° 95); si, sur la poursuite du créancier hypothécaire, il est évincé, il aura son recours contre le débiteur.

L'article 1020 applique le même principe à l'usufruit. Il en était déjà ainsi dans l'ancienne jurisprudence qui, en ce point, avait dérogé au droit romain, c'est l'application des principes que nous venons de rappeler. Si l'usufruit était déjà établi au moment où le testateur dispose de la chose, il ne lègue que la nue propriété, donc le légataire n'a droit qu'à la nue propriété. Le testateur ne pourrait pas même léguer directement l'usufruit, puisque ce serait léguer la chose d'autrui. Que si c'est le testateur qui grève d'usufruit la chose léguée, il diminue le legs en démembrant la chose, c'est une révocation partielle.

Ce que le code dit de l'usufruit s'applique à tous les droits réels immobiliers, servitudes personnelles ou réelles, emphytéose, superficie; la raison de décider est identique.

On invoquait jadis, à l'appui de l'opinion contraire, l'intention du testateur. Le testateur peut sans doute imposer au débiteur du legs la charge de le dégrever, mais

si telle est sa volonté, il faut qu'il le dise, et par une disposition expresse. Pourquoi la loi veut-elle une déclaration expresse? C'est que cette obligation est une dérogation aux principes généraux. De droit commun, l'héritier doit délivrer la chose telle qu'elle a été léguée, c'est par exception qu'il est tenu à plus; or, toute exception demande une disposition formelle. L'exception donne lieu à une légère difficulté; si l'héritier est chargé de racheter un droit réel quelconque et si celui à qui il appartient refuse de le céder, le débiteur du legs devra-t-il indemniser le légataire? Nous avons déjà décidé la question affirmativement, et la décision ne nous paraît pas douteuse; telle est la volonté du testateur, il veut que le légataire ait la jouissance de la chose; si le tiers ne veut pas céder son droit, il faut que le légataire obtienne l'équivalent de la jouissance; donc l'obligation de dégrever la chose se convertira en une indemnité que l'héritier payera au légataire (1).

N° 4. LEGS DE CHOSES INDÉTERMINÉES.

148. Le legs d'une chose indéterminée est-il valable? Oui, quand la chose peut être déterminée; non, quand elle est indéterminable. Quand est-elle déterminable, quand ne l'est-elle pas? C'est une question de fait, comme tout ce qui concerne l'interprétation des legs. Nous laissons de côté les distinctions que font les auteurs, parce qu'elles ne font qu'embrouiller la difficulté; le juge décidera en appliquant les règles d'interprétation que nous poserons plus loin (2).

Le legs est encore indéterminé quand il est alternatif. En voici un exemple qui s'est présenté récemment. Une testatrice charge ses légataires universels de faire une pension de 300 francs par an à sa servante, à moins que

(1) Il n'y a aucun doute sur tous ces points. Nous nous bornons à citer le dernier auteur (Demolombe, t. XXI, p. 654, nos 726-730).
(2) Comparez Duranton, t. IX, p. 249, n° 240; Coin-Delisle, p. 483, nos 1 et 2 de l'article 1022; Troplong, t. II, p. 182, n° 1955.

celle-ci ne préfère 3,000 francs une fois payés. La légataire meurt quelques heures après la testatrice sans avoir eu connaissance du testament. Le droit au legs s'étant ouvert en sa personne, elle le transmet à ses héritiers. Mais en quoi consiste ce droit? Le code dit que l'obligation alternative devient pure et simple quand l'une des deux choses périt (art. 1193). Il faut appliquer cette disposition, par analogie, au legs alternatif. Le droit à la rente a péri par la mort de la légataire; les héritiers peuvent donc demander le capital de 3,000 francs. La question a été jugée ainsi par la cour de Pau (1). Il reste un doute. L'option n'était-elle pas attachée à la personne de la légataire? On pouvait le soutenir dans l'espèce; nous n'entrons pas dans ce débat, puisque la difficulté est de fait plutôt que de droit.

149. Le testateur lègue un cheval, une pièce de vin. Qui aura le choix? L'article 1022 porte : « Lorsque le legs sera d'une chose indéterminée, l'héritier ne sera pas obligé de la donner de la meilleure qualité et il ne pourra l'offrir de la plus mauvaise. » Ainsi le choix appartient à l'héritier, c'est-à-dire au débiteur du legs. C'est le droit commun. Dans le doute, la loi se prononce toujours en faveur du débiteur (art. 1162, 1190). On suivait le même principe dans l'ancienne jurisprudence, laquelle, en ce point, s'était écartée du droit romain; il n'y avait aucune bonne raison de faire exception à la règle générale en faveur du légataire. Notre droit commun, c'est la succession *ab intestat*, c'est donc toujours en faveur de l'héritier ou de ceux qui prennent sa place qu'il faut se prononcer. La loi détermine les limites dans lesquelles elle permet à l'héritier de choisir. Cela suppose que la chose léguée est réellement indéterminée. Si le testateur a lui-même limité les choses entre lesquelles l'héritier peut choisir, l'article 1022 n'est pas applicable; par exemple, ce sont deux choses comprises sous une alternative, l'héritier a le droit de donner l'une de ces choses, et il doit le faire, quand même elle ne serait pas de qualité moyenne; le testateur

(1) Pau, 12 novembre 1872 (Dalloz, 1873, 2, 47).

l'a voulu ainsi. De même si le testateur lègue un cheval à prendre parmi les chevaux de son écurie, une pièce de vin à prendre dans sa cave, l'héritier a le droit de choisir parmi les choses de l'hérédité sans que le légataire ait le droit de réclamer, en prétendant qu'elle n'est pas de qualité moyenne; l'article 1022 n'est pas applicable. La doctrine et la jurisprudence sont d'accord (1).

150. Le testateur peut déroger à l'article 1022, car tout dépend de sa volonté. Il peut donner à l'héritier un choix illimité, au lieu du choix limité que la loi suppose. Il peut aussi donner au légataire le choix limité ou illimité. C'est une question d'interprétation de volonté, donc de fait. Si le testateur a dit simplement que le légataire aura le choix, le légataire sera-t-il soumis à la restriction que l'article 1021 apporte au droit de l'héritier? Non, cette disposition est spéciale au cas que la loi prévoit, et c'est une exception plutôt qu'une règle; car l'option implique, en général, un droit illimité de choisir (2). Est-ce à dire que le choix du légataire, quand il lui est attribué, soit illimité, en ce sens qu'il puisse prendre tout ce qu'il veut? Cela dépend de la disposition testamentaire, et, comme il s'agit de legs particuliers, la nature même du legs emporte une limite. La cour de Bruxelles l'a jugé ainsi dans une espèce intéressante.

La testatrice fait un legs au profit de sa sœur, mariée sans postérité, en ces termes : « Je prie ma sœur de faire choix de ce qui peut lui faire plaisir dans mon mobilier pour mémoire de moi. » En vertu de ce droit d'option, la légataire réclama un grand nombre d'objets mobiliers ou réputés tels, entre autres une machine à feu, une quantité considérable de pierres (précieuses?) et deux effets de commerce, l'un de 5,300 francs, l'autre de 5,300 livres tournois. Le bureau de bienfaisance, légataire universel, contesta et la cour lui donna gain de cause. Pour justifier son avidité, la légataire invoquait la signification que

(1) Aubry et Rau, et les autorités qu'ils citent, t. VI, p. 167, et notes 15 et 16.
(2) Duranton, t. IX, p. 263, nos 261 et 262; Demolombe, t. XXI, p. 659, nos 733-735, et tous les auteurs.

l'article 535 donne au mobilier : il comprend généralement tout ce qui est censé meuble d'après la loi. Cela est vrai, dit la cour, mais la clause litigieuse prouve que la testatrice n'a pas pris le mot *mobilier* dans le sens légal. C'est un souvenir qu'elle entendait léguer à sa sœur, c'est-à-dire un objet qui, étant habituellement sous ses yeux, lui rappellerait toujours la sœur que la mort lui avait enlevée. Cela excluait évidemment les effets de commerce destinés à être convertis en argent; cela excluait des objets, mobiliers à la vérité, mais qui, par l'usage auquel ils sont destinés, ne peuvent guère servir de souvenir; enfin cela impliquait que la légataire n'avait droit qu'à un seul objet, et non à sept ou huit, comme l'avait décidé le premier juge d'une manière tout à fait arbitraire (1).

N° 5. LEGS D'UN FAIT.

151. Aux termes de l'article 1142, toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages-intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur. C'est la seule sanction qui soit attachée à une obligation dont l'exécution forcée et directe ne peut pas être obtenue, le débiteur ne pouvant être contraint à faire ce qu'il ne veut pas faire. De là suit que le légataire peut aussi invoquer cette disposition. Un ascendant dit dans un acte revêtu des formes testamentaires : « J'engage, ou je veux, s'il m'est permis de parler ainsi, que mon domestique reste en ma maison de..., en qualité de valet de bras, pendant sa vie à raison de 100 francs par an. » Les enfants contestent. Ils disent que leur auteur, ayant partagé ses biens entre eux, n'avait plus le droit de modifier ce partage en y attachant une condition ou une charge. Il fut jugé que la disposition litigieuse n'était pas une clause de l'acte de partage, mais un legs que l'ascendant pouvait mettre à charge de ses héritiers, puisque ceux-ci étaient tenus de payer toutes les dettes et charges de la succession. On attaquait l'existence même du legs, le testateur n'ayant

(1) Bruxelles, 15 juin 1815 (*Pasicrisie*, 1815, p. 409).

pas ordonné positivement ce qu'il voulait. La réponse se trouvait dans la loi qui permet de disposer dans toute espèce de formes. Restait à déterminer quel serait l'effet du legs si les héritiers refusaient de garder le domestique qui leur était imposé par le testateur. La cour jugea que le legs se résoudrait en dommages-intérêts (1).

§ VI. *Interprétation des legs.*

Nº 1. RÈGLES GÉNÉRALES D'INTERPRÉTATION.

152. Faut-il appliquer à l'interprétation des legs la règle que l'on suit en matière de lois? La commission chargée de préparer un projet de code civil avait formulé une règle d'interprétation qui est fondamentale et que l'on suit, quoiqu'elle ne soit pas inscrite dans la loi. Malheureusement on l'oublie souvent. Quand une loi est claire, quand le sens n'en est pas douteux, peut-on se dispenser de l'appliquer dans le sens littéral qu'elle présente, en invoquant l'esprit de la loi contre la lettre? Portalis répond que ce serait éluder la loi et non l'appliquer. L'esprit de la loi est ce que le législateur veut; or, quand il a parlé clairement, sa volonté est certaine; donc il faut s'y tenir; sinon, sous le prétexte de pénétrer l'esprit de la loi, on fait dire au législateur autre chose que ce qu'il a voulu dire (2).

Ce principe reçoit-il son application aux dispositions de l'homme? L'article 1156 semble établir la règle contraire en donnant la préférence à l'esprit sur la lettre. « On doit, dans les conventions, rechercher quelle est la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'attacher au sens littéral des termes. » Cela veut-il dire qu'alors même qu'il n'y aurait aucun doute sur le sens d'une convention, le juge puisse s'écarter de la lettre du contrat, en se fondant sur l'intention des parties contractantes? Ce serait donner à l'article 1156 une portée

(1) Angers, 19 mai 1853 (Dalloz, 1853, 2, 204).
(2) Voyez le tome Ier de mes *Principes*, p. 342, nº 273.

qu'il n'a point, comme nous le dirons au titre des *Obligations*. Il n'y a lieu à interprétation que lorsqu'il y a quelque obscurité dans une disposition de l'homme; quand tout est clair, les conventions doivent recevoir leur exécution, comme renfermant la loi que les parties se sont imposée; il n'y a pas lieu à interpréter, il faut exécuter.

Toutefois, il y a une différence entre les lois et les dispositions de l'homme; l'article 1156 en est la preuve. Les lois, à raison de leur importance et de la solennité qui préside à l'exercice du pouvoir législatif, sont rédigées avec un soin qu'on ne met pas à la rédaction des dispositions d'intérêt privé. Mûrement préparées, d'ordinaire par une commission d'hommes spéciaux, soumises ensuite à une discussion préparatoire dans le sein des sections ou d'une nouvelle commission, enfin discutées publiquement dans des débats répétés, les lois sont, du moins le plus souvent, l'expression de la volonté réfléchie du législateur. Les choses ne se passent pas ainsi quand on rédige un acte. Sont-ce les parties elles-mêmes qui l'écrivent, elles ignorent le droit et le langage juridique; sont-ce des notaires ou des agents d'affaires, leur ignorance est parfois tout aussi grande; on le voit par les nombreux procès auxquels les testaments donnent lieu. Pour les actes de dernière volonté, qui d'ordinaire se font à l'approche de la mort, il y a une raison de plus qui empêche une rédaction claire et nette des volontés du disposant, c'est le trouble inévitable que le moment suprême jette dans les esprits les plus fermes, affaiblis d'ailleurs par l'âge, la maladie et la souffrance; comment veut-on que, dans ces circonstances, les paroles soient pesées et choisies, comme elles le sont quand le législateur procède à la discussion d'une loi?

Les jurisconsultes romains en ont déjà fait la remarque; il ne faut pas trop, disent-ils, s'attacher aux termes employés par les testateurs, car la plupart se servent de mots impropres et d'expressions qui rendent mal leur pensée (1); malgré les progrès qu'a faits l'instruction, on

(1) « *Cùm plerique abusivè loquantur, nec propriis nominibus et vocabulis utantur.* » (L. 65, § 1, D., *de Legat.*, III.)

peut encore en dire autant aujourd'hui. On doit donc appliquer aux testaments la règle d'interprétation que l'article 1156 a formulée pour les conventions (1). Mais la règle elle-même est incertaine et vague et il en est de même de l'application qu'en font les tribunaux. Doit-on l'entendre en ce sens que l'esprit peut toujours être invoqué contre la lettre? Ce serait oublier que la lettre est, en général, la manifestation de la volonté de celui qui parle ou qui écrit. Faut-il dire, au contraire, que la lettre l'emporte toujours sur l'esprit? Ce serait méconnaître ce qu'il y a de nécessairement imparfait dans l'expression des dernières volontés d'un mourant. Il faut donc conclure que si la lettre est claire et ne laisse aucun doute, elle doit être suivie, comme exprimant la vraie intention du testateur. C'est ce que disent aussi les jurisconsultes romains (2). Mais, dans l'interprétation littérale, il faut tenir compte de l'ignorance des testateurs et du trouble où ils sont. En définitive, les juges jouissent, en cette matière, d'une grande latitude; ils doivent chercher à saisir la vraie volonté du testateur; pour la constater, ils consulteront la lettre et l'esprit, en donnant tantôt la préférence à l'esprit sur la lettre et tantôt en faisant prévaloir la lettre certaine sur une intention toujours douteuse.

153. Nous disons que si la lettre de l'acte est claire, il faut s'y tenir. Une testatrice lègue « le quart du mobilier qui se trouvera chez elle à son décès, linge, argenterie, généralement le quart de tout. » On prétend que l'argent comptant n'est pas compris dans ce legs, et pour le prouver, on rapproche le legs que la testatrice a fait à ses domestiques de ceux qu'elle a faits à d'autres personnes. La cour de Bordeaux décida que cette interprétation n'était pas admissible. D'abord le mot *mobilier*, d'après la définition que la loi en donne, comprend l'argent comptant (art. 535). Puis la testatrice avait dit expressément que c'est le quart de tout son mobilier, sans excep-

(1) Rejet, 15 janvier 1823 (Dalloz, n° 3486).

(2) « *Non aliter à significatione verborum recedi oportet, quam cùm manifestum est aliud sensisse testatorem.* » (L. 69, pr., D., *de Legat.*, III.) « *Quum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quæstio.* » (L. 25, § 1, D., *de Legat.*, I.)

tion, qu'elle donnait. La disposition était donc claire et ne pouvait donner lieu à un doute. Or, dit la cour, quand un testateur s'est exprimé en termes clairs et sans ambiguïté, on ne doit pas recourir à l'interprétation pour substituer une intention présumée à une volonté positive et mettre les conjectures à la place du sens légal et naturel de la disposition. Sur le pourvoi, il fut décidé que la cour avait fait une juste application de la loi (1).

Par un premier testament, un testateur lègue à l'enfant naturel de sa fille prédécédée un sixième de ses biens meubles et immeubles. Par un second testament, il fait un legs particulier à sa servante et déclare révoquer tous ses testaments antérieurs. La clause révocatoire ne laissait aucun doute; elle était claire et formelle et entraînait la révocation du legs fait à l'enfant naturel. On prétendit, dans l'intérêt du légataire, que cette clause était une de ces clauses banales et de style que les notaires ont tort d'insérer dans leurs actes, et on soutenait que le testateur n'avait pas eu l'intention de révoquer le legs qu'il avait fait à son petit-fils naturel. Cela était probable, d'après les circonstances de la cause. Toutefois la cour de Bruxelles jugea que la clause de révocation était générale et absolue; que, formulée en termes clairs et précis, elle ne laissait place ni au doute ni à l'ambiguïté; qu'il ne pouvait, en conséquence, y avoir lieu d'en faire l'interprétation. La cour motive sa décision par un considérant qui confirme pleinement notre opinion : « S'il est permis au juge d'interpréter les termes dont le testateur s'est servi pour faire connaître ses dernières volontés, ce ne peut être que lorsque les termes ont un sens douteux ou présentent quelque ambiguïté; mais cette faculté cesse lorsque la volonté du testateur se trouve clairement et formellement exprimée (2). »

154. Par contre, il a été jugé que pour apprécier la nature d'une disposition testamentaire il faut rechercher quelle a été la volonté du disposant et ne pas s'arrêter

(1) Bordeaux, 28 février 1831, et Rejet, 1er mai 1832 (Dalloz au mot *Biens*, n° 232).
(2) Bruxelles, 7 décembre 1864 (*Pasicrisie*, 1865, 2, 282).

au sens littéral des termes dont il s'est servi pour qualifier sa libéralité. La formule est trop absolue. On doit s'écarter de la lettre de l'acte quand il est certain que la lettre est en opposition avec la volonté du testateur. Il qualifie de legs universel un legs d'usufruit de certains biens et de propriété de certains autres : le testateur s'est trompé et son erreur ne peut pas faire loi (1). Un testateur qui a voulu léguer à sa femme tout ce que la loi permet de lui donner se sert du mot *jouir*, qui marque l'usufruit; il s'est trompé, la cour répara son erreur en rétablissant sa vraie pensée(2). Les expressions dont le défunt s'est servi peuvent être claires, mais si le sens qu'elles présentent est en opposition avec l'ensemble de l'acte, le juge a le droit de les interpréter pour les mettre en harmonie avec l'intention du testateur (3).

155. Quand on parle de l'esprit en matière de legs, on entend la volonté du disposant. Lui seul est partie à l'acte; il peut, en général, ce qu'il veut. S'il a mal exprimé sa pensée, c'est son intention qu'il faut rechercher. Comment peut-on la connaître? L'article 1161 porte : « Toutes le clauses des conventions s'interprètent les unes par les autres, en donnant à chacune le sens qui résulte de l'acte entier. » C'est une règle d'interprétation que l'on doit suivre pour toute espèce d'écrits. Il y a cependant une différence entre les testaments et les contrats; ceux-ci n'ont pour objet qu'un seul fait juridique auquel se rattachent les diverses clauses de l'acte, ce qui fait un devoir au juge d'expliquer les unes par les autres. Cette unité ne se rencontre pas toujours dans les testaments; il peut s'y trouver des clauses qui sont absolument indépendantes les unes des autres; on doit alors interpréter chacune séparément. Mais aussi quand il y a une liaison entre les diverses dispositions, l'article 1161 reçoit son application. La jurisprudence est en ce sens (4).

(1) Rouen, 2 mars 1853 (Dalloz, 1854, 2, 111).
(2) Paris, 30 août 1853 (Dalloz, 1854, 2, 111).
(3) La Haye, 21 juin 1815 (*Pasicrisie*, 1815, p. 420). Comparez Gand, 30 juillet 1859 (*Pasicrisie*, 1861, 2, 403).
(4) Rejet, 5 février 1839 (Dalloz, n° 4215, 4°) et 13 août 1840 (Dalloz, n° 3495).

Aux termes de l'article 1159, ce qui est ambigu dans les conventions s'interprète par ce qui est d'usage dans le pays où le contrat est passé. Dans l'ancien droit, cette règle recevait une application fréquente, à raison de la variété des coutumes; il était de principe que les disposants, dans les testaments aussi bien que dans les actes entre-vifs, étaient censés vouloir conformer leurs dispositions à la coutume sous laquelle ils vivaient. La cour de Bruxelles a eu l'occasion d'appliquer cette règle à la clause d'*affrérissement* (1). Dans le pays de Liége, l'*affrérissement* avait pour objet de faire succéder les sœurs avec les frères aux biens dont la coutume excluait les filles; la cour a jugé qu'il fallait interpréter la clause en ce sens (2). Aujourd'hui la question ne peut plus se présenter dans ces termes. Mais quoique abolies, les coutumes survivent longtemps dans les mœurs, et les testateurs continuent à s'en inspirer même sous l'empire du code civil. Si donc un testateur dispose conformément aux anciennes coutumes, il faut interpréter sa volonté d'après ces coutumes plutôt que d'après la signification que les termes auraient dans notre droit actuel. La cour de Bruxelles a fait l'application de ce principe à l'ordre de succession connu sous le nom de *paterna paternis* (3). Sous l'empire des coutumes de Bruxelles et de Louvain, qui étaient souchères, les biens retournaient aux parents les plus proches de la souche d'où ils provenaient, alors même que le défunt laissait des héritiers plus proches en degré. Si le testateur a disposé d'après la règle *paterna paternis*, en disant que ses biens doivent retourner aux *parents les plus proches*, cette expression doit s'entendre, non des héritiers les plus proches en degré, mais des parents les plus proches de la souche d'où proviennent les biens (4).

Le souvenir de nos anciennes coutumes s'efface; bientôt il sera perdu tout à fait. Par suite, les usages locaux,

(1) Stockmans, *Decisiones*, nº XXVII.
(2) Bruxelles, 15 février 1819 (*Pasicrisie*, 1819, p. 309).
(3) Voyez, sur ce mode de succession, le tome VIII de mes *Principes*, p. 581, nº 489.
(4) Bruxelles, 12 décembre 1832 (*Pasicrisie*, 1832, p. 290).

auxquels l'article 1159 renvoie en matière de conventions, n'exerceront plus d'influence sur l'interprétation des legs. Ce qui domine dans les testaments, c'est l'individualité du testateur, car il s'agit de sa volonté, donc de ses sentiments et de ses idées intimes. Le juge doit s'en pénétrer pour interpréter les dispositions testamentaires. C'est ce que la cour de Paris a fait en interprétant le testament de Napoléon. Il avait fait un legs au profit de son ancien général Dugommier et, à son défaut, à la veuve du général. Un enfant adultérin se présenta pour recueillir le legs. La cour décida qu'il n'y avait aucun droit; elle fait appel aux sentiments du testateur, qui n'entendait certes pas avantager l'adultère aux dépens d'une femme légitime (1). La cour de Bruxelles a porté une décision analogue dans un ordre d'idées bien différent. A l'ombre de la liberté d'association, les congrégations religieuses se sont reconstituées en se servant de la loi pour violer la loi. Elles acquièrent et elles possèdent comme congrégations, bien que celles-ci n'aient aucune existence aux yeux de la loi. Quand les familles réclament contre la spoliation dont elles sont victimes, les prétendus légataires répondent qu'eux sont les vrais gratifiés. Peut-on leur opposer qu'en leur qualité de moines il ne leur est pas permis de recueillir une libéralité, puisqu'ils ne possèdent pas même en propre l'habit qui les couvre? L'affirmative a été consacrée par la cour de cassation de Belgique, et elle n'est pas douteuse (2). Il s'agit de rechercher l'intention du testateur tout ensemble et celle des légataires : veulent-ils reconstituer les couvents légalement abolis? Quand le légataire, lié par son vœu de pauvreté, ne veut et ne peut pas recevoir, le testateur ne peut pas avoir l'intention de lui donner; l'intention de l'un et de l'autre est donc de gratifier une congrégation qui, d'après la loi, est incapable de recevoir une libéralité.

Enfin, pour connaître l'intention du testateur, dit la cour de cassation, on peut consulter les circonstances de

(1) Paris, 9 mai 1831 (Dalloz, n° 3455, 1°). Comparez Metz, 20 juillet 1839 (Dalloz, n° 3495).
(2) Rejet, 17 mai 1862 (*Pasicrisie*, 1862. 1, 274).

la cause (1). Par application de ce principe d'interprétation, la cour de Bruxelles a jugé qu'un legs était universel, bien que les termes présentassent une amphibologie qu'il était difficile d'éclaircir (2). Quelles sont les circonstances que le juge peut prendre en considération? Ne sont-ce que les circonstances qui résultent du testament même, ou peut-il avoir égard à des faits extérieurs et par suite à la preuve testimoniale pour interpréter les clauses d'un testament? Nous touchons ici à une question très-controversée et très-difficile.

156. La cour de cassation de France établit comme principe que c'est dans le testament lui-même que le juge doit puiser les motifs de décider, et non dans la preuve testimoniale. De là elle tire la conséquence « que l'on ne peut invoquer la preuve testimoniale ni pour *créer des dispositions* qui ne sont pas écrites dans le testament, ni pour *expliquer* celles qui sont obscures, ni pour *révoquer* ou modifier celles qui sont rédigées dans les formes prescrites, ni, en un mot, pour *rechercher la volonté du testateur* (3). » La cour de cassation est restée fidèle à cette doctrine, bien qu'elle ne l'ait pas toujours énoncée dans des termes aussi explicites. Il est arrivé plusieurs fois que les cours d'appel avaient invoqué des faits extérieurs pour interpréter l'intention du testateur; si la cour de cassation a rejeté le pourvoi, c'est que les arrêts attaqués se fondaient aussi sur les clauses du testament; la cour suprême en conclut que c'est surabondamment et accessoirement que les magistrats avaient eu recours à des preuves en dehors du testament; ce qui implique que, dans l'opinion de la cour, ces preuves ne peuvent jamais être invoquées (4). Le dernier arrêt rendu par la cour est remarquable par son laconisme même. Dans son rapport sur le pourvoi, le conseiller rapporteur Alméras-Latour dit que la formule de l'arrêt de 1818 est excessive, il avoue qu'elle a été justement critiquée par M. Demolombe,

(1) Rejet, 5 février 1839 (Dalloz, n° 4215, 4°).
(2) Bruxelles, 29 avril 1864 (*Pasicrisie*, 1864, 2, 172).
(3) Voyez le tome XIII de mes *Principes*, p. 102 et 127, n°s 106 et 129.
(4) Rejet, 13 août 1840 (Dalloz, n° 3495) et 7 juillet 1869 (Dalloz, 1870, 1, 76).

il prétend même que cette jurisprudence a été peu à peu abandonnée. Le rapporteur propose la distinction enseignée par Demolombe et Dalloz. « Lorsque, dit-il, il s'agit de constituer le testament, de prendre la volonté du testateur dans sa formation et dans les éléments qui la font régulièrement connaître, comme, par exemple, dans le cas où il faut établir la véritable date de l'acte testamentaire sous forme olographe, afin de la substituer à une date erronée, il est certain que le juge doit s'attacher toujours et exclusivement à la substance de l'acte : *Ex propriis verbis testamenti, non extrinsecùs*. Mais si une disposition, régulière en elle-même, contient des termes ambigus et qu'il s'agisse simplement de les expliquer afin de leur donner un sens plus ou moins étendu et d'en bien fixer l'application, alors il est permis aux tribunaux de fortifier par des preuves extrinsèques les preuves prises dans la substance du testament. » La cour de cassation ne consacra pas cette distinction. Il s'agissait de savoir si la disposition litigieuse constituait un legs universel; le testament était donc valable en la forme; la volonté du testateur était légalement manifestée, on discutait seulement sur la portée de la disposition. C'était, par conséquent, le cas d'appliquer la doctrine préconisée par le rapporteur, en décidant que les juges avaient pu recourir à des preuves extrinsèques. Au lieu de cela la cour dit que, pour décider que la disposition renferme un legs universel, l'arrêt attaqué se fonde sur ce que cette volonté du testateur se déduit du surplus de l'acte litigieux où il charge sa mère de faire un cadeau à un ami, l'appelle en témoignage de ses projets de libéralités et la charge de distribuer ses dons. Puis la cour ajoute : « C'est donc dans le testament même que les juges du fond ont puisé les éléments de leur interprétation; il importe peu qu'ensuite et surabondamment ils aient fortifié cette interprétation par des présomptions tirées de la situation des parties. » C'est bien rejeter la distinction proposée par M. Demolombe (1).

(1) Dalloz, 1869, 1, 78. Demolombe, t. XXI, p. 34, n° 37. Dalloz, n° 3495. Un

157. La cour de cassation de Belgique s'est prononcée pour l'opinion contraire; elle dit qu'aucune loi ne défend aux juges, pour expliquer le sens et la portée des dispositions d'un testament, de recourir aux circonstances étrangères au contenu du testament (2). On peut dire que la décision n'est pas aussi absolue qu'elle le paraît; elle suppose un testament valable en la forme, donc une volonté légalement manifestée; il s'agit seulement d'en déterminer le sens. Ainsi entendue, la décision ne porterait que sur l'une des hypothèses que nous venons de distinguer. Mais le motif donné par la cour est réellement général et s'applique à tous les cas. De plus, l'espèce dans laquelle l'arrêt a été rendu rentrait dans la première hypothèse plutôt que dans la deuxième. On soutenait qu'un second testament avait révoqué le premier, et on se fondait sur ce que le second testament était renfermé sous enveloppe avec la suscription : *Dernière volonté de...* Le débat portait donc sur l'existence même du premier testament, et il fut déclaré non existant comme étant révoqué par le second. La doctrine admise par la cour de cassation de Belgique est donc celle-ci : que le juge peut toujours recourir à une preuve extérieure (1).

158. Nous sommes en présence de trois opinions. La première, qui a pour elle la cour de cassation de France, rejette toute preuve prise en dehors du testament et dans toute hypothèse. La seconde, pour laquelle on peut invoquer l'arrêt de la cour de cassation de Belgique, admet les preuves extrinsèques. La troisième propose une distinction. Nous nous sommes déjà prononcé, en principe, pour la première opinion, mais avec une restriction (2). Le principe nous paraît incontestable, il n'y a que la restriction qu'il est difficile de définir. Quant au principe qui

arrêt récent de la chambre des requêtes établit comme principe que pour interpréter une disposition de dernière volonté, les juges du fait peuvent recourir aussi bien aux preuves extérieures qu'aux énonciations mêmes du testament (31 juillet 1872, Dalloz, 1873, 1, 104). Nous croyons que la formule dépasse la pensée de la cour. Ce n'est pas un arrêt de principe, c'est un arrêt d'espèce.

(1) Rejet, 6 juin 1853 (*Pasicrisie*, 1853, 1, 404).

(2) Voyez le tome XIII de mes *Principes*, p. 125, n° 128.

défend de recourir à une preuve extérieure, il est très-vrai, comme le dit la cour de cassation de Belgique, qu'il n'est écrit nulle part, mais il résulte de l'essence même du testament. C'est ce que dit la cour de Bruxelles : « Il résulte des articles 893, 969, 1001 et 1035 que les dispositions de dernière volonté ne sont valables qu'autant qu'elles sont constatées par actes écrits et dans les formes prescrites par la loi; de là suit qu'*en règle générale* c'est dans ces actes seuls, et non point dans des circonstances extrinsèques ou des dépositions de témoins, qu'il faut rechercher l'intention du testateur (1). » La cour dit qu'il en est ainsi en *règle générale,* ce qui implique qu'il y a des exceptions. Nous comprenons que la cour de cassation de France ait repoussé ces exceptions, car elles compromettent la règle. En effet, si l'on admet les preuves extrinsèques pour interpréter la volonté du testateur, il en résultera que, moyennant la preuve testimoniale ou une écriture quelconque, on pourra étendre ou restreindre les dispositions testamentaires; il y aura donc une volonté du testateur qui ne sera pas constatée dans les formes légales : n'est-ce pas méconnaître et ruiner l'essence même du testament?

Si néanmoins nous avons admis que le principe n'est pas aussi absolu que la cour de cassation de France le dit, c'est parce que telle est la tradition. Et la tradition doit avoir une grande autorité dans une matière que le code n'a point réglée d'une manière expresse et qui reste, par conséquent, dans le domaine de la doctrine. Mais il est très-difficile de préciser l'exception. Avant de formuler une théorie, il importe de consulter les faits. Si la jurisprudence a admis les preuves extrinsèques, c'est que la force des choses y a poussé les juges. Il faut se défier des théories trop absolues en droit, elles se heurtent presque toujours contre des nécessités ou des impossibilités dans la vie réelle.

159. Par un premier testament, un testateur lègue à une demoiselle une rente annuelle de 600 florins, qu'il

(1) Bruxelles, 7 décembre 1864 (*Pasicrisie,* 1865, 2, 282).

charge ses héritiers de payer. Cinq ans plus tard, il fait un second testament par lequel il lègue la même rente à la même légataire, plus l'habitation d'une maison, en mettant les contributions à charge de ses héritiers et en accordant une hypothèque pour la garantie de ses libéralités. La légataire réclama les deux legs. Il fut décidé par le tribunal de première instance que le second testament révoquait le premier. En appel, la légataire offrit de prouver par témoins que l'intention du testateur avait été de maintenir le premier legs tout en lui faisant une seconde libéralité de même valeur. La cour de Gand rejeta cette demande; l'arrêt porte : « Ce sont les volontés dernières manifestées légitimement dans un testament qui ont seules le privilége de pouvoir opérer après la mort d'un testateur; d'ailleurs il est de principe, *quod testamentorum jura ipsa per se firma esse debeant* (l. 32, D., *de hæred. inst.*); il suit de là que c'est dans les termes du testament, et non en dehors et dans des dépositions de témoins, qu'il est permis de rechercher la volonté et l'intention d'un testateur (1).

Nous croyons que la cour a bien jugé, quoique sa décision ne se concilie guère avec l'arrêt de la cour de cassation de Belgique que nous venons de rapporter (n° 157). Admettre la preuve testimoniale dans l'espèce, c'eût été faire dépendre des témoignages l'existence même du testament. Or, peut-on admettre que la volonté du testateur soit validée ou annulée, pour mieux dire, qu'elle existe ou qu'elle n'existe point, selon que les témoins viendraient déposer que le testateur a voulu ou n'a pas voulu maintenir son premier testament en faisant le second? Le testament ne serait plus l'acte solennel que la loi veut. Cependant pour montrer quelle est l'incertitude qui règne en cette matière, nous citerons l'opinion contraire de Duranton. Après avoir dit qu'en droit romain la preuve testimoniale était admissible en cette matière, il ajoute que chez nous on admettrait plus difficilement cette preuve, lorsqu'elle ne serait pas étayée d'un commencement de

(1) Gand, 28 juillet 1837 (*Pasicrisie*, 1837, 2, 193).

preuve par écrit. Il nous semble que les règles générales sur les preuves ne peuvent pas être invoquées, alors qu'il s'agit d'établir l'existence d'un testament, c'est-à-dire d'un acte solennel. Vainement dit-on que l'existence du testament n'était pas contestée, qu'il s'agissait de savoir s'il était ou non révoqué; qui ne voit qu'en définitive le résultat est le même, le testament, s'il est révoqué, étant considéré comme n'ayant jamais existé? Duranton ajoute que néanmoins les tribunaux pourraient accueillir la preuve testimoniale *suivant les circonstances* et l'*importance de l'objet litigieux;* car, dit-il, il ne s'agirait que d'interpréter une volonté douteuse dans un cas où la loi elle-même n'établit aucune présomption, soit en faveur de l'héritier, soit en faveur du légataire (1). C'est abdiquer tout principe et donner aux tribunaux un pouvoir absolu, discrétionnaire en matière de preuves, alors qu'il s'agit de décider si un acte solennel existe ou n'existe point. Cela nous paraît inadmissible.

160. Voici une espèce dans laquelle la preuve extrinsèque a été admise. Un testateur lègue sa ferme, bâtiments et dépendances, terres et prairies situés dans telle commune. Il a été jugé que ce legs comprenait toute l'exploitation rurale, et partant des immeubles situés dans d'autres communes. Pour le juger ainsi, la cour s'est fondée sur l'ensemble des faits et circonstances de la cause; l'arrêt dit formellement qu'il résultait du texte même du testament et des circonstances *extrinsèques* invoquées par les premiers juges que la testatrice avait légué la ferme entière sans entendre en distraire les parties situées sous d'autres communes et qui depuis de longues années étaient comprises dans la même exploitation (2). On voit ici le danger de la preuve extrinsèque. Il s'agit de savoir si tels biens sont légués ou non; c'est donc l'existence du legs, c'est-à-dire du testament qui est en cause. Des faits pris en dehors du testament peuvent-ils déterminer quelle a été la volonté du testateur? Cela nous paraît

(1) Duranton, t. IX, p. 361, n° 373.
(2) Liége, 3 décembre 1864 (*Pasicrisie*, 1867, 2, 281).

très-douteux, et nous n'oserions pas le décider ainsi.

161. Quelle sera notre conclusion? Faut-il toujours écarter toute preuve extrinsèque? Nous avons dit les raisons qui nous font rejeter cette opinion trop absolue (t. XIII, n° 128); elle aboutirait à une conséquence que l'on peut qualifier d'absurde, c'est qu'à force de vouloir la certitude dans l'expression de la volonté du testateur, on aboutit à l'anéantir. Mais dans quels cas admettra-t on la preuve extrinsèque? La règle est bien celle qui est consacrée par la cour de cassation de France, et elle nous met sur la voie de l'exception : le testament doit être interprété par lui-même, on ne peut pas rechercher l'intention du testateur dans des preuves extrinsèques. Mais si le testament contient des faits ou implique des faits qui sont contestés entre les parties, il faut bien que ces faits soient constatés, et ils ne peuvent l'être que d'après le droit commun (1). Ce n'est donc qu'accessoirement, comme le dit un arrêt de la cour de cassation, que l'on peut recourir à une preuve extrinsèque (n° 156). Cela réduit l'application de l'exception à des cas très-rares; nous en avons donné des exemples ailleurs (t. XIII, n°s 125-129). Il n'y a pas de texte, comme le dit la cour de cassation de Belgique; c'est donc l'esprit de la loi qui doit décider. Or, dans l'esprit de notre législation, la succession testamentaire est une exception; la règle est la succession *ab intestat*. Pour qu'il y ait lieu à l'exception, il faut une volonté manifestée dans les formes légales, et une volonté claire et précise; un legs douteux ne se comprend pas dans cette théorie. Il se peut qu'à raison du doute on n'exécute pas ce que le testateur a réellement voulu; mais telle est la conséquence forcée de la solennité des actes de dernière volonté. La volonté ne suffit point, il faut qu'elle soit écrite dans les formes légales. Ce n'est donc que dans de rares exceptions et par voie de preuve accessoire que l'on peut interpréter la volonté du testateur, en recourant à des preuves extrinsèques.

(1) C'est à peu près la doctrine d'Aubry et Rau, t. VI, p. 141 et note 4 du § 172.

162. Le juge peut-il corriger les erreurs de rédaction commises soit par le notaire dans un testament public, soit par le testateur dans un testament olographe? Dans un testament public, le notaire a écrit par inadvertance le mot *meubles* pour le mot *immeubles*. Celui qui, en apparence, est légataire des meubles demande que le tribunal décide que ce sont réellement les immeubles qui lui ont été légués. Il y avait, dans l'espèce, des preuves résultant du testament, elles étaient suffisantes pour démontrer l'erreur. Il y avait aussi une preuve extrinsèque, c'est que le testateur avait fait un premier testament identique avec le second, sauf une clause accessoire qui était expliquée dans le dernier; or, dans le premier testament, le mot *immeubles* était employé au lieu du mot *meubles* qui se trouvait dans le second. La preuve de l'intention du testateur était décisive si l'on pouvait invoquer le premier testament pour interpréter le second. Mais la cour, tout en indiquant cet argument, ajoute : *s'il pouvait être invoqué*. Elle ne l'invoque donc pas, et, à notre avis, elle a bien fait; car c'eût été déterminer la volonté de léguer les immeubles, d'après une circonstance étrangère au testament; ce qui est inadmissible (1).

La cour de Toulouse a porté une décision analogue dans un cas où le testateur avait dit : *ma* succession, tandis qu'il voulait dire *sa* succession, c'est-à-dire la succession du légataire. Il en résultait un autre sens et par suite une disposition toute différente. La cour de Toulouse corrigea l'erreur en se fondant sur les clauses du testament qui manifestaient l'intention du testateur, et la cour de cassation confirma sa décision (2).

163. Il reste une dernière difficulté, et elle est grande. On suppose que le doute persiste; ni les clauses du testament, ni les circonstances extérieures, quand il est permis de les invoquer, ne parviennent à dissiper l'obscurité du testament; on demande si le juge doit, dans le doute, se prononcer en faveur du légataire ou en faveur de l'héritier débiteur du legs. Les auteurs distinguent :

(1) Dijon, 21 juillet 1869 (Dalloz, 1870, 2, 174).
(2) Rejet, 11 avril 1838 (Dalloz, n° 3492).

si le doute porte sur l'existence même du legs, on l'interprète en faveur du légataire; c'est l'application de la règle d'interprétation établie par l'article 1157 pour les obligations conventionnelles : « Lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet, que dans le sens avec lequel elle n'en pourrait produire aucun. » On maintient donc le legs douteux, afin que la volonté du testateur produise son effet. Si, au contraire, l'existence du legs est certaine, mais que son étendue soit contestée, on se prononce en faveur de l'héritier par application d'une autre règle d'interprétation en vertu de laquelle la convention s'interprète, en cas de doute, contre le créancier et en faveur du débiteur (art. 1162) (1). La jurisprudence s'est prononcée en faveur de cette distinction (2), mais non sans quelque hésitation. Ainsi un arrêt de la cour de Liége a interprété l'étendue d'un legs douteux, non dans l'intérêt de l'héritier débiteur, mais dans l'intérêt du légataire créancier (3). D'autre part, il y a un arrêt de la cour d'Aix qui conduit à une opinion toute contraire. Dans l'espèce, la testatrice manifestait clairement l'intention de faire une double libéralité : l'une était de 2,000 francs, elle avait oublié de fixer le montant de l'autre. Etait-ce le même chiffre? On ne le savait, et il n'y avait aucun élément qui pût servir à dissiper le doute. Il a été jugé que le legs ne pouvait avoir aucun effet. On peut dire que cette espèce rentre dans le premier cas de la distinction généralement suivie et que, par conséquent, la cour d'Aix a consacré l'opinion dominante. Mais les considérants dépassent de beaucoup la décision. On y lit que, pour avoir effet, une disposition ne doit pas laisser de doute sur l'intention véritable du testateur; que le juge doit sanctionner les volontés légalement exprimées, mais qu'il ne peut pas suppléer au défaut d'une volonté qui

(1) Merlin, *Questions de droit*, au mot *Legs*, § 1 (t. IX, p. 266). Duranton, t. IX, p. 352, n° 369 et p. 350, n° 364. Aubry et Rau, t. VI, p. 141 et suiv., § 712, et les notes. Demolombe, t. XXI, p. 667, n° 742.

(2) Bordeaux, 10 juin 1833 (Dalloz, n° 3457). Gand, 28 février 1860 (*Pasicrisie*, 1860, 2, 162). Angers, 11 mars 1870 (Dalloz, 1871, 2, 24).

(3) Liége, 18 décembre 1858 (*Pasicrisie*, 1859, 2, 269).

n'était pas assez explicitement manifestée (1). La conclusion est que, dans le cas de doute sur l'existence du legs, il n'y a pas de legs.

C'est bien là, à notre avis, la vraie doctrine; s'il y a doute, l'héritier doit toujours l'emporter sur le légataire, et l'on doit surtout se prononcer pour lui lorsque l'existence même du legs est douteuse. Dans la théorie du code sur les successions, on ne conçoit pas de legs douteux en ce sens qu'il y ait doute sur le point de savoir si le défunt a voulu faire un legs. C'est la succession légitime qui est la règle, la succession testamentaire est l'exception; or, pour qu'il y ait lieu à l'exception, il faut qu'elle soit clairement établie; et dès qu'il n'y a pas d'exception, on reste dans la règle. Le testament suppose que le législateur s'est trompé, c'est-à-dire que l'ordre de succession tel qu'il l'a établi ne serait pas, dans un cas particulier, conforme à l'équité et aux devoirs du défunt. Cela implique une volonté bien certaine et clairement manifestée; dans le doute, le législateur doit l'emporter sur le testateur.

N° 2. APPLICATIONS.

164. L'interprétation des legs donne lieu à de nombreuses difficultés; le code en abandonne la décision à la prudence du juge. Il n'en prévoit qu'une seule (2). Le débiteur fait un legs au créancier; l'article 1023 décide qu'il n'est pas censé en compensation de sa créance; puis il applique cette solution au cas où le maître fait un legs à son domestique; il ne sera pas censé fait en compensation de ses gages. Le légataire peut donc réclamer tout ensemble son legs et sa créance. Cela est en harmonie avec la nature des dispositions testamentaires; le testateur dispose à titre gratuit, tout legs est une libéralité. Il n'y avait pas de raison de faire exception à la règle lorsque le légataire est créancier du testateur; la qualité de créancier n'est pas incompatible avec celle de légataire.

(1) Aix, 20 mars 1833 (Dalloz, n° 3488, 2°).
(2) Nous avons parlé ailleurs des définitions données par les articles 533-536 (t. VI, n°s 514-524).

Il fallait donc maintenir le principe, sauf au testateur à manifester une volonté contraire à celle que la loi a dû lui supposer. C'est en ce sens que l'article dit que le legs n'est pas *censé* en compensation de la créance. La loi interprète l'intention du testateur, il peut avoir une autre intention. Mais si sa volonté est que le legs tienne lieu de payement, il faut qu'il le dise, puisqu'il déroge à une présomption de la loi; s'il n'exprime pas formellement une volonté contraire, il faut suivre l'interprétation de la loi. On demande quel peut être l'intérêt d'un legs fait en compensation de la créance? En général, le legs serait inutile; c'était une raison de plus d'y voir une libéralité. Il se peut cependant que le legs profite au créancier, quoiqu'il soit fait en compensation de la créance : si le créancier n'a pas de titre, si sa créance n'est pas exigible (1). D'après le code civil, le legs donnait de plus une hypothèque légale au créancier; notre loi hypothécaire n'a pas maintenu cette hypothèque; il n'y a plus qu'une hypothèque testamentaire, et cette hypothèque ne peut être établie que pour la garantie des legs, c'est-à-dire des libéralités faites par le testateur.

165. Parmi les nombreuses difficultés qui se sont présentées devant les tribunaux, nous en choisirons quelques-unes à titre d'exemples. Les précédents, en cette matière, ont peu d'importance, car le débat roule toujours sur une question d'intention : c'est dire qu'il est de fait plutôt que de droit, et les circonstances varient d'un cas à l'autre.

Que comprend le legs de l'*argent* que le testateur possédera à sa mort? Dans le langage usuel, l'argent qu'on possède s'entend uniquement des espèces monnayées et des billets de banque qui tiennent lieu d'argent, puisqu'ils circulent comme tel et peuvent être immédiatement convertis en espèces. Le légataire n'a donc pas droit aux créances; les créances tendent à mettre de l'argent dans la main du créancier, mais elles ne sont pas de l'argent. On prétendait que dans le langage local, les termes dont

(1) Duranton, t. IX, p. 267, n° 258. Coin-Delisle, p. 481, n° 1 de l'article 1023. Paris, 19 juillet 1809 (Dalloz, n° 3801).

s'était servi le testateur avaient une signification particulière. C'était un motif de douter; dans le doute, dit la cour, on doit préférer l'interprétation la plus favorable à l'héritier (1).

On demande si l'argent comptant comprend les sommes qu'un mandataire a reçues pour le testateur et dont il n'a pas rendu compte du vivant de celui-ci? La question a été décidée négativement dans une espèce où le légataire lui-même était mandataire. Ce que le mandataire reçoit ne devient pas la propriété du mandant, lorsque ce sont des choses fongibles; en effet, le mandataire n'est pas débiteur des espèces qu'il touche, il est débiteur du reliquat de son compte et il le paye, soit en espèces qu'il a reçues, soit en toutes autres valeurs; donc ce qu'il doit, pour mieux dire, ce qu'il devra en vertu du compte qu'il rendra n'est pas de l'argent (2). Nous disons ce qu'il *devra*, car il est possible qu'il ne doive rien.

La même cour a rendu, dans une autre espèce, un arrêt qui semble contraire à la décision que nous venons d'analyser. Un testateur lègue à son exécuteur testamentaire toutes les rentes, lettres de change et *obligations*, nulles réservées ni exceptées. Le légataire réclama les créances dues au défunt par ses receveurs, du chef des revenus qu'ils avaient perçus pour le compte du défunt. Sa demande ne fut pas admise. Nous comprenons que les dettes des receveurs ne soient pas comprises sous le nom d'*obligations;* c'est une question d'intention qu'il appartenait au juge de décider négativement. Mais les considérants de l'arrêt vont plus loin; on y lit que la propriété des deniers reçus par un mandataire en cette qualité est transmise au mandant, parce que le débiteur a l'intention de payer au mandant et que le mandataire reçoit pour celui-ci. Sans doute la dette se paye au mandant; est-ce à dire que les espèces payées deviennent sa propriété? La cour avait décidé le contraire par le premier arrêt, et cette décision est la bonne (3).

(1) Angers, 11 mars 1870 (Dalloz, 1871, 2, 24).
(2) Bruxelles, 15 juin 1815 (*Pasicrisie*, 1815, p. 394).
(3) Bruxelles, 27 novembre 1816 (*Pasicrisie*, 1816, p. 240).

Une question analogue s'est présentée devant la même cour dans l'espèce suivante. Le testateur, qui était receveur, lègue à sa sœur tout son argent comptant; ce legs comprenait-il les sommes que le disposant avait reçues comme mandataire? On le prétendit. Si c'était une question de droit, la légataire aurait eu raison; les deniers que le mandataire reçoit deviennent sa propriété, à charge de payer au mandant la somme qu'il a reçue. Mais autre est la question d'intention. Le mandataire qui a reçu 10,000 francs qu'il doit rendre au mandant n'entend pas léguer cet argent qui, dans sa pensée, ne lui appartient pas. La cour a jugé en ce sens (1).

166. Que comprend le legs d'une créance? Le testateur ne lègue pas une somme d'argent; il lègue une action, le droit qu'il a d'agir contre le débiteur. On suppose que lui-même agit et qu'il touche le montant de la créance; le légataire pourra-t-il réclamer les deniers que le testateur a reçus? Si c'était une question de droit, il faudrait répondre négativement. La créance est éteinte par le payement; donc la chose léguée n'existe plus au décès du testateur, et par suite le legs tombe. Mais la question de droit est dominée par la question d'intention; en se fondant sur l'intention du testateur, la cour de Paris a jugé que le legs subsistait et que le légataire avait droit à la somme touchée par le testateur. Sur le pourvoi, il intervint un arrêt de rejet. On lit dans les considérants que, même en supposant le doute, la cour a dû préférer l'interprétation qui donnait force et valeur à la disposition, à celle qui la rendait sans effet (2). C'est la règle d'interprétation admise par la jurisprudence et que nous avons cru devoir combattre. Si on l'admettait, le legs de la créance resterait toujours valable, après qu'elle aurait été payée, car il y a toujours un doute sur l'intention du testateur. Dans l'espèce, la cour de Paris a bien jugé, parce que l'intention du testateur n'était pas douteuse.

167. Les valeurs industrielles et commerciales ont

(1) Bruxelles, 15 mai 1822 (*Pasicrisie*, 1822, p. 133, et Dalloz, au mot *Biens*, n° 250).
(2) Rejet, 8 décembre 1852 (Dalloz, 1853, 1, 218).

pris une importance telle, qu'elles dépassent les fortunes immobilières. Elles portent divers noms; c'est une source de procès. Le défunt lègue ses *billets;* on trouve dans sa succession des reconnaissances de 2,000, 4,000 et 10,000 francs. Il a été jugé que ces reconnaissances sont comprises sous le nom de *billets* (1).

Le legs des *obligations* comprend-il les *actions?* En droit, non, puisque ce sont des valeurs distinctes. Il a cependant été jugé que la testatrice qui avait légué ses obligations avait entendu donner aussi ses actions; la cour se fonde sur ce que la testatrice, étrangère aux affaires, avait confondu sous le nom d'*obligations* les diverses valeurs qu'elle possédait (2).

Le testateur lègue son portefeuille; en vertu de ce legs, le légataire réclame toutes les créances actives de la succession, telles que billets, cédules, promesses, lettres de change, obligations, baux à ferme et prix de vente, toutes ces créances formant le portefeuille du testateur. Dans son sens le plus large, le mot *portefeuille* comprend, en effet, toutes les valeurs, civiles, commerciales et industrielles; mais il faut voir ce que le testateur entendait par cette expression. Il a été jugé que le légataire n'avait droit qu'aux effets commerciaux et négociables (3).

168. Il y a des legs de choses mobilières et immobilières qui varient d'étendue d'après l'intention du testateur, aussi bien que le legs de valeurs commerciales et industrielles. Tel est le legs de la communauté. Si le testateur a dit qu'il lègue tous les meubles, effets mobiliers, crédits, le légataire aura droit même aux prélèvements ou récompenses qui seraient dus au défunt pour prix de ses immeubles vendus (4). Si le testateur avait légué tous les *effets* qui composeront la communauté, le legs aurait encore une plus grande étendue, il comprendrait les acquêts de communauté, car la loi donne ce sens large au mot *effets* en matière de communauté, et le testateur est

(1) Rejet, 6 juillet 1847 (Dalloz, 1847, 4, 313).
(2) Bruxelles, 22 mars 1859 (*Pasicrisie*, 1859, 2, 214).
(3) Riom, 3 décembre 1816 (Dalloz, n° 3998).
(4) Rennes, 24 août 1812 (Dalloz, n° 3995).

censé, sauf preuve contraire, employer les mots dans leur signification légale et traditionnelle (1).

Quand le legs comprend les biens de la communauté, il va sans dire que le légataire a droit aux acquêts. Mais si l'un des conjoints lègue à son conjoint les immeubles qu'il a achetés et *acquis* pendant son mariage, la question devient douteuse. En droit, le mot *acquis* s'entend des biens advenus par héritage, puisque la succession est un moyen d'acquérir. Mais l'intention du testateur peut être différente. Il a été jugé que le testateur n'entendait léguer que les *acquêts*, et non les biens propres et héréditaires (2).

169. Le legs des tableaux comprend-il les gravures? Il a été jugé que le légataire n'avait aucun droit aux gravures, et, dans l'espèce, il n'y avait guère de doute. Le testateur était un artiste; il devait donc employer les termes qui concernaient son art dans le sens qui leur est rigoureusement propre, sens qui est d'ailleurs celui du langage usuel (3). Il faudrait des circonstances particulières pour que le legs des tableaux s'étendît aux gravures à raison de l'intention du testateur.

170. Il y a une difficulté plus générale qui a donné lieu à de longues discussions. On distingue les legs faits avec *assignat démonstratif* et ceux qui se font avec *assignat limitatif*. L'*assignat* est *démonstratif* lorsque le testateur désigne la chose qui doit servir à acquitter le legs, sans qu'il entende en subordonner l'effet à l'existence de cette chose; il veut seulement indiquer la chose qui doit de préférence fournir de quoi payer le legs. Tel est le legs ainsi conçu : « Je lègue à Pierre une rente de 1,000 fr., à prendre sur les arrérages de ma rente sur Paul. » Quand même Paul deviendrait insolvable, la rente ne serait pas moins due à Pierre sur mes autres biens. Mais si la clause était rédigée de manière à marquer que mon intention a été de restreindre l'effet du legs à la rente qui

(1) Rejet, 5 janvier 1847 (Dalloz, 1847, 1, 150).
(2) Bruxelles, 12 avril 1843 (Dalloz, nº 3995, et *Pasicrisie*, 1843, 2, 108). Comparez Bruxelles, 27 octobre 1841 (*Pasicrisie*, 1842, 2, 228).
(3) Lyon, 22 mai 1853 (Dalloz, 1854, 5, 467).

m'était due par Paul, il y aurait *assignat limitatif*. On cite comme exemple le legs d'une certaine quantité de vin de celui qui sera produit par tel fonds; s'il en naît moins que ce que j'ai légué, l'héritier ne devra que ce que la vigne a produit (1).

L'effet du legs étant bien différent selon que l'assignat est démonstratif ou limitatif, il importe de distinguer le cas où la désignation faite par le testateur est démonstrative et le cas où elle est limitative. Diverses distinctions ont été proposées par les interprètes. Voici celle qui, inventée par un glossateur, Bartole, a été approuvée par Dumoulin et par Loiseau. Si la chose désignée par le testateur est placée dans la substance même du legs, dans ce que l'on appelle le dispositif, le testateur est censé avoir voulu limiter sa libéralité, en la réduisant à cette chose qui a été le premier objet de ses intentions. Mais si la chose désignée se trouve, non dans le dispositif, mais dans la clause qui concerne l'exécution du legs, la manière de le payer, dans ce cas il y a simple démonstration. La distinction, dit d'Aguesseau, serait excellente si dans tout legs on rencontrait d'une manière distincte un dispositif et une clause d'exécution; mais il n'en est rien, et quand on ne peut pas distinguer ce qui regarde la disposition de ce qui concerne le payement, que devient la règle d'interprétation imaginée par Bartole? Elle est ingénieuse, mais inutile. Il en est des legs démonstratifs et limitatifs comme de toute espèce de legs : le juge doit rechercher l'intention du testateur d'après les termes du testament et le but qu'il a eu en vue. Les auteurs modernes ont laissé là les subtilités des glossateurs pour s'en tenir au sage conseil de d'Aguesseau (2).

Il a été jugé que le legs d'une rente sur une terre désignée est démonstratif. La cour de Paris s'est fondée, pour le juger ainsi, sur la volonté du testateur, en écartant toutes les *subtilités*, ce sont les termes de l'arrêt, par lesquelles on avait essayé de prouver que le legs était limi-

(1) Duranton, t. IX, p. 343, n° 354 et p. 345, n° 359.
(2) D'Aguesseau, plaidoyer 54. Merlin, *Répertoire*, au mot *Legs*, sect. IV, § III, n° VII (t. XVIII, p. 40). Troplong, t. I, p. 141, n° 373.

tatif (1). Une testatrice lègue une somme capitale de 120,000 francs en trois pour cent, à prendre sur telle dette. A sa mort, elle avait touché une grande partie de la créance qu'elle avait désignée et aliéné la plupart de ses rentes; les légataires universels prétendirent que le legs de 120,000 francs était limité à ces rentes et qu'ils n'étaient tenus que de délivrer celles qui se trouvaient encore dans la succession, sauf au légataire à poursuivre son payement sur la partie de la créance assignée qui n'était pas encore acquittée. La cour de Bordeaux rejeta ces prétentions comme contraires à l'intention de la testatrice qui, en indiquant une créance sur laquelle le legs devait être payé, n'avait pas entendu limiter le legs à ce qui resterait dans la succession de ladite créance (2).

Il faut également s'en tenir à l'intention du testateur lorsque, en léguant une chose certaine, il l'a mal désignée. La testatrice dit : « Je lègue à mon époux l'*entière* reconnaissance qu'il me fit après notre réunion devant tel notaire, laquelle reconnaissance est de 5,000 francs. » Et il se trouve que ladite reconnaissance s'élevait à 17,200 francs. Il y avait erreur évidente, puisque la volonté de la défunte était de donner à son mari la reconnaissance *entière*; cette volonté certaine devait l'emporter sur une fausse désignation (3).

§ VII. *Des actions qui naissent du legs.*

171. Le légataire a une action personnelle contre l'héritier ou autre successeur qui est débiteur du legs. En disant que les débiteurs du legs sont tenus personnellement de l'acquitter, chacun au *prorata* de sa part et portion héréditaire, l'article 1017 dit clairement que les légataires sont créanciers et ont, à ce titre, une action personnelle contre leur débiteur. D'où naît cette dette? Pothier et, après lui, tous les auteurs enseignent que

(1) Paris, 19 ventôse an XI (Dalloz, n° 3942, 1°).
(2) Bordeaux, 15 juillet 1831 (Dalloz, n° 3911, 3°).
(3) Nîmes, 26 novembre 1824 (Dalloz, n° 3942, 2°).

l'héritier, en acceptant la succession, s'oblige *ex quasi contractu*, envers les légataires, à la prestation des legs dont il est grevé envers eux; que de cette obligation naît l'action personnelle *ex testamento* qu'ont les légataires pour en être payés (1). Le code civil ne place point l'acceptation d'une succession parmi les quasi-contrats (articles 1370 et suiv.). Ce qui caractérise les quasi-contrats, c'est qu'ils produisent des engagements sans qu'il y ait eu un concours de consentement; ce sont des faits, dit l'article 1370. Peut-on dire que l'acceptation d'une succession est un fait? Accepter une succession, c'est manifester la volonté d'être héritier; celui qui accepte consent donc à être héritier *ab intestat* ou testamentaire et, en acceptant, il manifeste la volonté de payer les dettes et charges qui sont attachées à l'hérédité. De son côté, le légataire, en acceptant le legs, exprime aussi son consentement de vouloir profiter des libéralités du défunt. L'un consent donc à payer et par là devient débiteur, l'autre consent à recevoir et devient créancier. On peut donc dire qu'il y a concours de consentement, donc contrat.

L'action personnelle qui appartient au légataire contre les débiteurs du legs n'est autre que l'action en délivrance. C'est seulement en consentant à la délivrance que l'obligation de l'héritier devient définitive. L'acceptation de l'hérédité le soumet, à la vérité, à l'action par laquelle le légataire demande le payement du legs; mais l'héritier peut contester la validité du legs; ce n'est donc que la délivrance volontaire ou forcée qui établit entre l'héritier et le légataire les rapports de débiteur et de créancier. Cela confirme notre opinion sur la nature de l'engagement dont l'héritier est tenu : la délivrance implique un consentement, volontaire ou forcé, donc un contrat (2).

172. Contre qui s'intente l'action personnelle? Les débiteurs du legs en sont-ils tenus *ultrà vires*, ou jusqu'à concurrence de leur émolument? Nous avons ré-

(1) Pothier, *Introduction à la coutume d'Orléans*, n° 76. Merlin, *Répertoire*, au mot *Légataire*, § VI (t. XVI, p. 467).
(2) Comparez Duranton, t. IX, p. 364, n°s 374 et 377.

pondu d'avance à ces questions en traitant de l'action en délivrance. Il nous reste à dire un mot de l'effet de l'engagement contracté par l'héritier. Est-il tenu à la garantie? Le legs est une donation; il faut donc appliquer, par analogie, aux libéralités testamentaires ce que nous avons dit des libéralités entre-vifs (t. XII, n° 387). Le donataire n'a pas droit à la garantie. Les auteurs déduisent ce principe de l'article 1021 qui déclare nul le legs de la chose d'autrui (1). Cela n'est pas exact. La loi dit aussi que la vente de la chose d'autrui est nulle (art. 1599); et cependant elle oblige le vendeur à la garantie. C'est donc dans la gratuité du legs qu'il faut chercher la raison du principe, sur lequel, du reste, tout le monde est d'accord. Le principe ne reçoit guère d'application aux choses mobilières; car le légataire peut invoquer la maxime, « En fait de meubles, la possession vaut titre » ; il est donc à l'abri de la revendication s'il est de bonne foi. S'il est évincé d'un immeuble, il n'a pas de recours.

On admet plusieurs exceptions à la règle que nous venons de poser. Si le legs a pour objet une chose indéterminée, le légataire évincé peut demander une autre chose de même genre et qualité. Ce n'est pas une action en garantie proprement dite, laquelle est essentiellement une action en dommages-intérêts. Il y a plutôt lieu d'appliquer les principes qui régissent le payement. L'héritier est débiteur, il paye une chose dont le légataire est évincé, il est garant de la bonté du payement, en ce sens que le légataire peut demander la nullité du payement. Si le légataire avait été évincé, fût-ce d'un corps certain, par la faute de l'héritier, il aurait encore un recours, mais ce ne serait pas une action en garantie, ce serait l'action naissant d'un quasi-délit ou l'action naissant du contrat de délivrance, c'est-à-dire en toute hypothèse d'une faute. On cite comme exemple le fait des héritiers de ne pas fournir au légataire les titres de propriété qu'ils possèdent, soit par dol, soit par négligence (2). Ici l'on voit la diffé-

(1) Duranton, t. IX, p. 264, n° 253.
(2) Aubry et Rau, t. VI, p. 166 et note 9. Comparez Duranton, t. IX, p. 264, n° 254.

rence entre l'action en garantie et l'action qui naît de la faute ou du dol. Si les héritiers étaient tenus à garantie, le légataire aurait droit et intérêt à les mettre en cause dès qu'il est troublé; car s'il ne les mettait pas en cause, ceux-ci pourraient lui objecter qu'il s'est mal défendu et qu'il a été évincé par sa faute. Le légataire troublé n'a pas le droit d'appeler l'héritier, il n'a qu'un seul droit, celui qui naît du dol ou de la faute de l'héritier; c'est une simple action en dommages-intérêts.

Il y a un arrêt qui paraît décider que le légataire a une action en garantie si telle est l'intention du testateur. Le testateur lègue une chose qu'il croit lui appartenir. On présume qu'il aurait donné au légataire une chose de même valeur, s'il avait su que celle qu'il a léguée ne lui appartenait pas. Quand peut-on admettre cette présomption? La cour de Grenoble répond qu'elle peut résulter des liens de parenté ou d'alliance qui existent entre le testateur et le légataire, ou des services que celui-ci aurait rendus au défunt; de sorte que les circonstances de la cause prouvent que le testateur a eu plutôt en vue les intérêts du légataire que ceux de ses héritiers(1). Ces déductions ne reposent sur rien. Il n'y a pas de legs présumé; les héritiers ne sont pas tenus à garantie, et le recours que la cour de Grenoble ouvre au légataire n'est pas même une action en garantie, c'est une action fondée sur une présomption que la loi ignore et que le juge ne peut admettre, puisqu'elle tend à créer un legs. Un legs présumé est une hérésie juridique.

173. Le légataire a encore l'action en revendication si la chose léguée est un corps certain et déterminé. Pour l'application du principe, il faut faire des distinctions. L'action que le légataire a contre l'héritier n'est pas une action en revendication (2), c'est une action en délivrance; il ne peut pas s'agir pour lui de revendiquer une chose dont il n'est pas encore propriétaire reconnu; ce n'est que par la délivrance que le légataire devient définitivement propriétaire. Cela est même vrai à l'égard des tiers,

(1) Grenoble, 31 janvier 1815 (Dalloz, n° 3796).
(2) Duranton confond les deux actions (t. IX, p. 365, n° 378).

en ce sens que le légataire ne peut agir en revendication tant qu'il n'a pas obtenu la délivrance de son legs (1). Peut-il revendiquer lorsque c'est l'héritier qui a vendu la chose? Il faut appliquer les principes qui régissent la pétition d'hérédité. Si l'on admet que l'héritier apparent peut aliéner, le légataire n'aura pas la revendication. Dans notre opinion, l'héritier apparent n'a pas le droit d'aliéner. Si l'héritier aliène une chose qui est léguée, il aliène ce dont il n'est point propriétaire, puisque le droit à cette chose est dans le domaine du légataire; donc celui-ci doit avoir le droit de la revendiquer (2).

Il ne faut pas confondre l'action en revendication avec la pétition d'hérédité. Cette dernière action appartient à l'héritier testamentaire, aussi bien qu'à l'héritier *ab intestat*. Il faut donc appliquer au légataire ce que nous avons dit sur cette matière au titre des *Successions* (3).

174. L'article 1017 dit que les héritiers du testateur ou autres débiteurs d'un legs sont tenus hypothécairement pour le tout jusqu'à concurrence de la valeur des immeubles de la succession dont ils sont détenteurs. On concluait de là, sous l'empire du code civil, que les légataires avaient une hypothèque légale indépendante de la séparation de patrimoines qu'ils peuvent demander. Cette hypothèque légale n'a pas été maintenue par la loi hypothécaire belge; le légataire n'a d'hypothèque que si le testateur lui en accorde une, et l'hypothèque testamentaire est soumise aux règles générales de spécialité et de publicité établies pour les hypothèques conventionnelles. Nous renvoyons cette matière au titre des *Hypothèques*, qui en est le siége. Au titre des *Successions*, nous avons traité de la séparation des patrimoines.

(1) Rejet, 24 avril 1837 (Dalloz, n° 3900). Merlin *Répertoire*, au mot *Légataire*, § VI, n° 11 (t. XVI, p. 462).
(2) Voyez le tome VIII de mes *Principes*, p. 639, n°s 561-565.
(3) Voyez le tome VIII de mes *Principes*, p. 578, n°s 503 et suiv.

SECTION III. — De la révocation des testaments et de leur caducité.

ARTICLE 1. De la révocation.

§ Ier. *De la révocation par le testateur.*

175. La définition que l'article 893 donne du testament porte que le testateur peut le révoquer. Cela est de l'essence du testament; ce n'est qu'un projet, le testateur ne dispose que pour le temps où il n'existera plus; sa volonté peut donc changer; en changeant de volonté, il n'enleve aucun droit, puisque le légataire n'en a aucun. Le testateur ne peut pas s'interdire, ni même gêner la liberté qu'il a de révoquer toujours son testament; en effet, en renonçant à la faculté de révoquer, les legs deviendraient des libéralités actuelles, donc entre-vifs, et ces libéralités ne peuvent se faire que par donation.

On avait jadis imaginé d'insérer dans les testaments une clause par laquelle le testateur déclarait que sa volonté était qu'aucun autre testament qu'il pourrait faire dans la suite ne fût exécuté, à moins qu'il ne contînt telle sentence qu'il indiquait; c'est ce qu'on appelait une clause révocatoire. On considérait ces clauses comme une garantie contre la faiblesse ou la contrainte à laquelle une personne craint de céder en faisant un testament contre son gré; le testament était d'avance frappé de nullité, s'il ne contenait pas la sentence que renfermait la clause révocatoire. L'ordonnance de 1735 abrogea cet usage, et le code ne la consacrant pas, il faut décider qu'il n'est plus autorisé, puisqu'il a pour effet de gêner la liberté du testateur (1).

176. Les dispositions testamentaires peuvent être révoquées expressément ou tacitement. C'est l'application du droit commun quant au principe. En effet, révoquer un testament, c'est manifester une volonté contraire à celle qui avait été exprimée dans le testament que l'on révoque. Or, la volonté peut se manifester d'une manière

(1) Toullier, t. III, 1, p. 331, nos 608 et tous les auteurs.

expresse, par une déclaration verbale ou écrite; elle peut aussi se manifester par un fait. De là le principe qu'en règle générale le consentement peut être exprès ou tacite. La loi admet ce principe pour la révocation des testaments. Il y a révocation expresse lorsque le testateur déclare son changement de volonté dans un nouveau testament ou dans un acte authentique. Il y a révocation tacite lorsque le testateur, sans révoquer les premières dispositions qu'il a prises, en fait de nouvelles qui sont incompatibles avec les précédentes, ou lorsqu'un fait prouve que le testateur a changé de volonté (art. 1035-1038).

Le code déroge aux principes généraux en ce qui concerne la révocation expresse. D'après le droit commun, la volonté ne doit pas se manifester par un écrit, bien moins encore dans un acte solennel; tandis que la volonté de révoquer un testament ne peut être exprimée que par un testament ou un acte notarié. Il est difficile de rendre raison de cette dérogation. On comprendrait que le législateur eût posé comme principe que les formes prescrites pour la confection des testaments doivent aussi être suivies pour leur révocation; car le testament est un acte solennel, et si la volonté de léguer n'existe légalement que lorsque le testateur l'a exprimée dans les formes légales, la conséquence rigoureuse est que la révocation doit se faire avec les mêmes solennités, car la révocation implique une disposition nouvelle. Cette conséquence rigoureuse n'a jamais été admise; l'on a toujours reconnu au testateur le droit de révoquer ses dispositions tacitement. Mais si la révocation tacite est valable, on ne voit pas pourquoi il faut un acte solennel pour la révocation expresse. Que l'on exige un écrit pour ne pas abandonner à la foi incertaine des témoins la révocation d'un acte aussi important, nous le comprenons, mais pourquoi faut-il un testament nouveau, ou un acte authentique, alors que la révocation peut être tacite? Le projet de code civil était encore plus sévère; il posait comme règle que les donations testamentaires ne pouvaient être révoquées que par une déclaration du changement de volonté faite dans l'une

des formes dans lesquelles on peut tester. C'est sur la proposition de Tronchet que l'on admit que la révocation pourrait se faire par acte authentique (1). Si, par acte authentique, pourquoi pas par acte sous seing privé? De raison juridique de cette différence, il n'y en a pas. Tout ce que l'on peut dire, c'est que les auteurs du code ont voulu prévenir les contestations auxquelles les actes sous seing privé prêtent plus facilement que les actes authentiques. Mais le système du code donne aussi lieu à des difficultés très-sérieuses.

N° 1. DE LA RÉVOCATION EXPRESSE.

177. L'article 1035 porte : « Les testaments ne pourront être révoqués, en tout ou en partie, que par un testament postérieur, ou par un acte devant notaires portant déclaration du changement de volonté. » Il résulte de là que la révocation est un acte solennel : elle n'existe donc que si elle a été faite dans les formes prescrites par la loi ; l'écrit ne sert point de preuve, il est nécessaire pour l'existence de l'acte. Par conséquent s'il n'y a pas de testament ni d'acte authentique révocatoire, il n'y a pas de révocation. Donc il ne peut être question de prouver la révocation par la preuve testimoniale, ni même par un écrit sous seing privé, qui ne serait pas un testament ; ce n est pas une question de preuve, mais une question d'existence de la révocation.

La cour de cassation, en décidant que la révocation d'un testament, pas plus que son existence, ne peut être établie par la preuve testimoniale ni par des présomptions, quelque graves qu'elles soient, ajoute « que la fraude fait exception à cette règle, comme en toute autre matière, lorsqu'il est établi que le testateur avait l'intention de révoquer ses dispositions testamentaires et qu'il a été empêché de le faire par suite de manœuvres frauduleuses (2). » Ainsi formulée, la prétendue exception serait

(1) Séance du conseil d'Etat, du 27 ventôse an XI, n° 14 (Locré, t. V, p. 272). Toullier, t. III, 1, p. 334, n°s 615-621.
(2) Rejet, 15 mai 1860 (Dalloz, 1860, 1, 277).

très-contestable. Sans doute, la fraude fait exception à toutes les règles sur les preuves, en ce sens qu'elle peut se prouver par témoins et par présomptions; mais, dans l'espèce, il ne s'agit pas de preuve, donc on ne peut invoquer la maxime que la fraude fait exception. Mais l'arrêt de la cour de cassation reçoit encore une autre interprétation. Nous avons dit ailleurs que si le défunt a été empêché de tester par suite de manœuvres frauduleuses, les personnes au profit desquelles il aurait testé ont une action en dommages-intérêts contre les auteurs du dol (1); ils n'agissent pas comme légataires, ils ne le sont pas, ils ont une action en vertu de l'article 1382. De même si le testateur avait l'intention de révoquer et qu'il ne l'ait pas fait par suite de manœuvres, il n'y aura pas de révocation, alors même que l'on prouverait le dol; le testament produira donc ses effets; seulement ceux qui sont lésés par le dol auront une action en dommages-intérêts; ce sera à eux de prouver ce que le testateur avait voulu faire et ce qu'il a été empêché de faire par suite des manœuvres. Ce que nous disons du dol s'appliquerait aussi à la violence.

Le cas s'est présenté devant la cour d'Agen. On lit, dans le Recueil d'arrêts, que la cour a jugé implicitement que l'intention manifestée à plusieurs reprises par un testateur de révoquer un testament peut, en cas de dol, fraude et violence de l'héritier institué, tenir lieu de révocation expresse. L'arrêt ne dit pas cela; c'est une décision préparatoire qui admet les demandeurs à la preuve des faits de dol et de violence par lesquels le légataire avait empêché le testateur de révoquer (2); mais la cour ne dit point quel sera le résultat de ces preuves, si ce sera une action en dommages-intérêts ou si la preuve tiendra lieu de révocation expresse. Cette dernière proposition est si évidemment contraire à la loi et aux principes, que nous ne voudrions pas l'attribuer à une cour, même comme décision implicite.

(1) Voyez le tome XIII de mes *Principes*, p. 119, nos 122 et 123.
(2) Agen, 30 juillet 1851 (Dalloz, 1852, 2, 99).

178. Autre est la question de savoir si l'on peut prouver par l'aveu de l'héritier institué qu'il a accepté la révocation du legs qui l'instituait, régulière ou non, et qu'il a consenti à l'exécution d'un testament antérieur. Le légataire est libre de renoncer à son legs et de confirmer, en l'exécutant, un testament antérieur. C'est une question de confirmation. Or, la confirmation qui implique une renonciation est admise dans tous les cas où la partie qui confirme peut renoncer. Nous renvoyons à ce qui a été dit sur la confirmation des testaments (1).

179. Il est arrivé qu'en confiant un testament à un ami le testateur lui a donné un mandat verbal concernant la destruction de ce testament, et par suite sa révocation éventuelle. On demande si ce mandat est valable. La question présente plus d'une difficulté. Le mandat finit par la mort du mandant : peut-il y avoir un mandat qui commence seulement quand le mandant meurt? Nous renvoyons l'examen de la question au titre du *Mandat*. Lorsque le mandat est verbal, il n'y a guère de doute. La révocation d'un testament est un acte solennel, il faut donc que la volonté de révoquer soit manifestée dans les formes voulues par la loi. De là suit que le mandat donné verbalement ne peut avoir aucun effet. Cela a été jugé ainsi par la cour de cassation (2).

I. *De la révocation par acte authentique.*

180. Aux termes de l'article 1035, la révocation ne peut se faire que par un acte devant notaires. La révocation est donc un acte solennel, comme nous venons de le dire (n° 177). Il suit de là qu'il n'y a pas lieu d'appliquer l'article 1318 d'après lequel l'acte qui n'est point authentique par l'incompétence ou l'incapacité de l'officier, ou par un défaut de forme, vaut comme écriture privée s'il

(1) Voyez le tome XIII de mes *Principes*, n°s 459-467. Comparez Liége, 27 août 1811 (Dalloz, n° 4142).

(2) Rejet, 1er septembre 1812 (Dalloz, n° 2515). Comparez Toullier, t. III, 1, p. 372, n° 667 ; Merlin, *Répertoire*, au mot *Révocation de testament*, § I, n° IV (t. XXX, p. 67).

a été signé des parties. L'article 1318 suppose qu'il s'agit d'une question de preuve, et la preuve peut se faire par acte sous seing privé aussi bien que par acte authentique; mais quand la loi exige un acte solennel, on invoquerait vainement une écriture privée, la révocation n'existe pas quand elle n'est point faite dans les formes légales (1). Par application de ce principe, il a été jugé en France que la révocation n'était point valable quand l'acte avait été reçu par un notaire en l'absence de l'autre. En Belgique, la loi de ventôse a toujours été entendue ainsi; en France, une loi du 21 juin 1843 a exigé la présence du notaire en second. A l'appui de la doctrine consacrée par la jurisprudence, Troplong cite l'adage : *Quod nullum est, nullum producit effectum* (2). La raison est mauvaise, car l'article 1318 prouve précisément le contraire; l'acte, quoique nul comme authentique, peut valoir comme écriture privée. S'il n'y a pas de révocation, c'est à raison de la solennité de l'acte.

181. L'article 1035 dit que l'acte doit porter déclaration du changement de volonté. Il a été jugé que la loi n'exige pas une déclaration expresse de la volonté du testateur de révoquer; il suffit que cette volonté résulte des termes dont s'est servi le testateur dans l'acte de révocation (3). Faut-il conclure de là, avec Troplong, que la loi autorise toutes les conjectures et présomptions desquelles on peut irrésistiblement tirer la conséquence que le testateur n'a pas voulu persévérer dans sa première résolution (4)? Il nous semble que c'est dépasser le texte de la loi; elle exige une *déclaration* de changement de volonté, et cette déclaration doit être faite dans un acte authentique; cela suppose une manifestation de volonté par paroles, ce qui exclut les conjectures et les présomptions.

182. Le testateur révoque son testament par une donation. Il se trouve que la donation est nulle faute d'ac-

(1) Demolombe, t. XXII, p. 125, n° 143.
(2) Troplong, t. II, p. 212, n° 2052, et les autorités qu'il cite.
(3) Limoges, 9 mai 1809 (Dalloz, n° 4147).
(4) Troplong, t. II, p. 217, n° 2064. Demolombe, t. XXII, p. 124, n° 142.

ceptation. On demande si la clause de révocation sera valable. L'affirmative a été jugée, et la doctrine est d'accord avec la jurisprudence. Tout ce que la loi exige pour la validité de la révocation, c'est que la volonté de révoquer soit déclarée dans un acte notarié; or, la donation, quoique nulle comme telle, est un acte notarié et valable comme tel; donc on est dans les termes et dans l'esprit de la loi (1). Cette opinion nous paraît cependant douteuse; nous allons examiner une question analogue, celle de savoir si une révocation faite dans un testament authentique est valable quand l'acte est nul comme testament, mais valable comme acte notarié. La jurisprudence s'est prononcée pour la négative, surtout par ce motif que maintenir la révocation, alors qu'on annule les dispositions nouvelles faites par le testateur, c'est scinder sa volonté et lui faire dire ce qu'il n'a point voulu dire. N'en est-il pas de même quand le testateur fait une donation en révoquant un testament antérieur? Il n'a pas voulu révoquer purement et simplement; il a révoqué en même temps qu'il faisait une nouvelle libéralité; peut-on annuler la libéralité et maintenir la révocation? n'est-ce pas aussi scinder la volonté du disposant? Nous préférerions décider que le testateur a voulu faire, non une révocation simple, mais une donation avec révocation, de sorte que la nullité de la donation entraîne celle de la révocation.

II. *De la révocation par un testament postérieur.*

183. L'article 1035 dit, en termes généraux, que les testaments peuvent être révoqués par un testament postérieur. Il n'y a donc pas à distinguer quelle est la forme du testament postérieur; pourvu qu'il soit valable, il y aura révocation. Ainsi un testament authentique peut être révoqué par un testament olographe; un testament ordinaire peut être révoqué par un testament privilégié. Le

(1) Cassation, 25 avril 1825 (Dalloz, n° 4200). Comparez Coin-Delisle, p. 494, n° 5 de l'article 1035; Troplong, t. II, p. 230, n°s 2088, 2089; Demolombe, t. XXII, p. 126, n° 147.

principe est très-simple, mais l'application donne lieu à de nombreuses difficultés.

1. DU TESTAMENT OLOGRAPHE OU MYSTIQUE.

184. Le testament olographe ou mystique doit être valable comme tel, pour que la clause révocatoire qu'il contient opère révocation. Si c'est un testament olographe, il faut qu'il soit écrit, daté et signé par le testateur. La cour de Colmar a méconnu ce principe élémentaire en validant une révocation qui n'était point datée (1). Il est vrai que la date était certaine, en ce sens que la clause de révocation était postérieure à l'acte par lequel la testatrice avait fait un legs à son domestique. Mais la certitude de la date ne remplace pas la date dans un acte solennel. Le testament était donc nul et, par suite, la révocation. Si la cour l'a maintenue, c'est par des considérations morales; il s'agissait d'un domestique ingrat et infidèle; certes il méritait d'être privé de la libéralité que sa maîtresse lui avait faite. Mais les cours sont, avant tout, les gardiennes du droit, elles ne peuvent pas le sacrifier, même à la morale. Ce serait un funeste exemple, car il se trouverait des magistrats qui sacrifieraient le droit à une conscience mal éclairée.

185. Il arrive assez souvent que le testateur ajoute une clause de révocation après avoir daté et signé son testament; si la clause révocatoire est signée, mais non datée, sera-t-elle valable? Il y a sur cette question deux arrêts qui semblent contradictoires. La cour de Bordeaux a admis la validité d'une clause révocatoire qui n'était point datée, par le motif que la clause se confondait avec le testament, qu'elle ne faisait qu'expliquer; c'est l'application des principes que nous avons posés en traitant des testaments olographes (2). La cour de cassation a, au contraire, annulé une clause de révocation qui n'était pas

(1) Colmar, 5 avril 1824 (Dalloz, n° 2607). En sens contraire, Coin-Delisle, p. 494, n° 7 de l'article 1035; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 292, note 2.
(2) Bordeaux, 23 janvier 1871 (Dalloz, 1871, 2, 199).

datée, mais, dans l'espèce, la clause révoquait le testament même à la suite duquel le testateur l'avait écrite. C'était donc une disposition indépendante du testament, puisqu'elle tendait à l'annuler; par conséquent elle ne pouvait valoir que comme disposition testamentaire; ce qui implique qu'elle devait être écrite, datée et signée par le testateur (1).

186. Si le testament olographe ou mystique révoque simplement le testament antérieur, sans contenir une nouvelle disposition de biens, la révocation sera-t-elle valable? On admet assez généralement l'affirmative, et si la question pouvait être décidée en théorie, abstraction faite du texte, les principes ne laisseraient aucun doute. Mais la question est une question de texte. L'article 1035 veut un *testament* postérieur; or, qu'est-ce qu'un testament? Aux termes de la définition légale, le testament est un acte par lequel le testateur *dispose*, pour le temps où il n'existera plus, *de tout ou de partie de ses biens*. Il n'y a donc pas de testament sans disposition de biens. Donc un acte écrit, daté et signé, qui ne contient aucune disposition de biens, n'est pas un testament; ce qui décide la question.

On objecte que l'acte qui révoque un testament contient une disposition implicite au profit des héritiers *ab intestat*. L'argument a quelque valeur à raison de la tradition; il a entraîné, dans l'ancien droit, deux de nos meilleurs jurisconsultes. Domat enseigne que celui qui révoque son testament, sans en faire d'autre, institue pour héritier le parent qui doit lui succéder *ab intestat* par une institution tacite dans l'expression et expresse dans l'intention. Voet commence par dire que rien n'est plus naturel qu'un testateur puisse révoquer son testament de la même manière qu'il l'a fait; puis il ajoute : Le testateur est censé, en ce cas, avoir institué pour héritiers ceux auxquels la succession revient en vertu de la loi (2). Il faut avoir deux fois raison pour oser combattre

(1) Rejet, 15 novembre 1864 (Dalloz, 1865, 1, 185).
(2) Domat, *Lois civiles*, partie II, livre III, tit. I, sect. V, n° 12, à la note. Voet *ad Pand.*, lib. XXVIII, tit. III, § 1 (t. II, p. 287).

une opinion qui a pour elle l'autorité de Domat et de Voet. Mais, dans l'espèce, la tradition, quelque imposante qu'elle soit, doit être écartée. Nos anciens jurisconsultes n'étaient pas liés par un texte, comme nous le sommes, et nous leur avons donné d'avance raison sur le terrain des principes. Reste à voir si l'explication qu'ils donnent se concilie avec l'article 1035 et avec l'article 895. Est-il vrai que le testateur qui révoque son testament par un acte écrit, daté et signé de lui, dispose au profit de ses héritiers? Les héritiers succéderont, non en vertu du testament, qui ne les appelle pas à l'hérédité, mais en vertu de la loi; ce ne seront pas des légataires, ce seront des héritiers *ab intestat*. Si l'acte de révocation sous seing privé était un testament, l'acte notarié qui révoquerait le testament antérieur serait aussi un testament; or, il est certain que cela n'est point, puisque l'article 1035 oppose la révocation *par testament* à la révocation par *acte notarié ordinaire* (1).

En écartant la tradition, nous avons répondu en même temps aux auteurs modernes et à la jurisprudence, qui s'appuient sur l'argument traditionnel (2). Des auteurs récents ont compris ce qu'il y a de faible dans une argumentation qui heurte le texte de la loi. Ils ont cherché à donner un autre sens à l'article 1035, en prenant appui sur les travaux préparatoires. Le projet de code civil était rédigé comme suit : « Les testaments ne pourront être révoqués que par un acte revêtu des formes légales d'un testament. » Cette rédaction tranchait la difficulté; il ne fallait pas de testament, il ne fallait qu'un acte écrit, daté et signé par le testateur, il ne fallait pas de disposition de biens. Le projet a été changé; mais pourquoi? dans quel but? Est-ce pour rendre la révocation plus difficile? C'est, au contraire, pour la faciliter. D'après la disposition primitive, les personnes qui ne peuvent pas écrire auraient dû, pour révoquer leur testament, faire un acte

(1) Bugnet sur Pothier, t. VIII, p. 308. Marcadé, t. IV, p. 121, n° II de l'article 1035.

(2) Troplong, t. II, p. 212, n° 2051; Aubry et Rau, t. VI, p. 183 et note 3; Demolombe, t. XXII, p. 119, n°s 140, 141, et les auteurs qu'ils citent. Rejet, 17 mai 1814 (Dalloz, n° 4155, 1°).

dans les formes difficiles du testament par acte public, ou du testament mystique. Les auteurs du code ont voulu leur permettre de révoquer par un simple acte authentique. Cette modification, proposée par le Tribunat, amena un remaniement de l'article 1035; mais la nouvelle rédaction n'implique pas un changement de système; il faut donc admettre que le principe consacré par le projet resta le même. De là on conclut que la formule actuelle, d'après laquelle les testaments ne pourront être révoqués que par un *testament postérieur*, a le sens de la formule primitive, d'après laquelle la révocation pouvait se faire par *un acte revêtu des formes légales d'un testament* (1). L'explication est ingénieuse, mais il suffit de voir à quoi elle aboutit pour qu'on doive la repousser. Le code dit : Le testament ne peut être révoqué que par un *testament* olographe, mystique ou authentique. Et on lui fait dire que le testament peut être révoqué par un acte écrit, daté et signé par le testateur. On fait donc dire au texte autre chose que ce qu'il dit; par conséquent, on l'altère, on le change, ou on fait un nouveau code.

C'est l'esprit de la loi, dit-on, et l'esprit doit l'emporter sur le texte (2). Quand le texte est obscur, oui; non, quand le texte est clair et formel. Or, il est difficile d'avoir un texte plus clair que l'article 1035. Nous renvoyons donc au législateur tout ce que les auteurs disent de l'esprit de la loi. Nous désirons, comme eux, que la loi soit modifiée, mais nous ne reconnaissons pas à l'interprète le pouvoir de le faire.

La jurisprudence n'est pas aussi certaine qu'on le dit. Il n'y a que l'arrêt de la cour de cassation de 1814 qui décide la question en termes formels. Dans toutes les autres espèces qui se sont présentées, l'acte portant révocation contenait une disposition expresse ou implicite de biens; dans ce cas, il y a un testament, et partant l'on se trouve dans les termes de la loi (3).

(1) Mourlon (d'après Valette), t. II, p. 386.
(2) Duranton, t. IX, p. 413, n° 431.
(3) Paris, 10 avril 1811 (Dalloz, n° 4156, 2°); Rejet, 7 juin 1832 (Dalloz, n° 4156, 1°); Bordeaux, 27 mars 1846 (Dalloz, 1846, 2, 193).

187. Il ne suffit pas d'un testament postérieur, il faut que le testament contienne une déclaration du changement de volonté (art. 1035). Ce que nous avons dit du changement de volonté dans l'acte authentique s'applique au changement de volonté par testament (n° 184). Il n'y a pas de termes sacramentels, mais il faut une *déclaration*. La cour de Nîmes a jugé qu'il y avait révocation dans la déclaration suivante : « Voulant que le présent testament olographe soit le seul valable. » Il en résulte nécessairement que le testament antérieur n'est plus valable, donc il est révoqué (1).

2. DU TESTAMENT PAR ACTE PUBLIC.

188. Pour que le testament par acte public opère révocation, il faut, comme pour le testament olographe, deux conditions : d'abord un testament reçu dans les formes prescrites par la loi, ensuite une déclaration portant changement de volonté. La condition de forme donne lieu à une difficulté très-sérieuse.

Le testament public est un acte solennel; il doit être reçu dans les formes solennelles prescrites par la loi, sinon il n'existe pas, et par suite il ne peut pas opérer révocation. Il y a un cas dans lequel cette solution n'est point douteuse. Si le testament est nul, non-seulement comme acte de dernière volonté, mais aussi comme acte notarié, il ne reste plus d'écrit, ni testament, ni acte authentique, et par suite il n'y a pas de révocation. Ainsi le notaire est incapable; il n'y a pas de testament, pas d'acte authentique, donc pas de révocation expresse. Mais le testament peut être nul comme tel et néanmoins être valable comme acte authentique. Ainsi le testament est reçu par un notaire et quatre témoins. L'un des témoins est incapable, le testament est nul, mais l'acte vaut toujours comme acte authentique, puisque pour les actes notariés ordinaires deux témoins suffisent. On demande si,

(1) Nîmes, 30 juillet 1819 (Dalloz, n° 4157).

dans ce cas, l'acte vaudra comme acte révocatoire fait devant notaires.

La question est très-controversée. Nous croyons que la nullité du testament emporte la nullité de la révocation. La cour de cassation, qui a consacré cette doctrine, la fonde sur un argument de texte qui nous paraît décisif. D'après l'article 1035, le testateur peut révoquer son testament de deux manières : par un simple acte notarié ou par un testament. S'il le fait par testament, il doit remplir les formes que la loi prescrit pour le testament qu'il choisit ; ces formes sont requises pour l'existence de l'acte ; ne sont-elles pas remplies, il n'y a pas de testament, donc pas de révocation par testament (1). On fait des objections. Il y en a une qui est très-spécieuse. Un acte peut être nul comme tel et valoir néanmoins sous un autre rapport. Ainsi un testament nul comme mystique peut valoir comme olographe (2); un acte nul comme authentique peut valoir comme acte sous seing privé (art. 1319). Pourquoi un acte nul comme testament ne vaudrait-il pas comme acte authentique? et s'il vaut comme tel, la condition de forme est remplie, puisque la loi permet de révoquer un testament par un acte notarié. Nous répondons qu'il n'y a aucune analogie entre les cas que l'on cite et celui qui fait l'objet du débat. Quand un testament mystique est nul comme tel, mais que le testament est écrit, daté et signé par le testateur, c'est un seul et même acte qui vaut pour le tout, parce que les formes prescrites ont été observées; de plus l'intention du testateur est certainement que le testament vaille comme olographe, s'il ne peut pas valoir comme mystique. Il en est de même quand un acte authentique est maintenu comme acte sous seing privé; il y a un écrit, il est signé des parties, la loi l'admet comme preuve littérale à raison de cette signature, et elle l'admet comme preuve complète. Dans notre hypothèse, au contraire, le testateur a voulu faire un second

(1) Rejet, 20 février 1821 (Dalloz, n° 4163), et 10 avril 1855 (Dalloz, 1855, 1, 145). Il y a un arrêt de la cour de Turin, du 19 mars 1810, qui développe très-bien ce principe (Dalloz, n° 4163). Comparez Pau, 27 août 1835 (Dalloz, n° 3216, 2°).

(2) Voyez le tome XIII de mes *Principes*, p. 485, n° 428

testament en révoquant le premier, il a voulu tester. Cette volonté se trouve inefficace, à ce point que l'acte n'existant pas comme testament, il est censé n'avoir pas voulu tester. Et s'il n'a point testé, il n'a pas davantage voulu révoquer son testament antérieur, car il ne reste rien de sa volonté, elle est considérée comme non existante. Que fait-on dans la doctrine que nous combattons? On scinde un acte et une volonté également indivisibles. Le testateur, dit-on, à fait deux choses très-distinctes, il a testé et il a révoqué son testament; l'acte aussi contient deux faits juridiques très-distincts, un testament nouveau et la révocation d'un testament antérieur. On en conclut que le testament peut être nul et la révocation valable. Nous répondons que c'est diviser une volonté indivisible. Il n'est pas vrai de dire que le testateur ait voulu deux choses distinctes, tester et révoquer, il n'a voulu qu'une chose, tester, la révocation n'est que la conséquence de son testament; il n'aurait pas révoqué ses dispositions antérieures s'il n'avait pas fait de dispositions nouvelles; ce testament nouveau est un changement de volonté, et dans cette volonté nouvelle il y a deux choses, de nouvelles dispositions et la révocation des anciennes; ces deux éléments sont étroitement unis et n'en forment réellement qu'un seul, qui est la volonté de tester. On ne peut donc pas diviser la volonté et dire : le testateur est censé n'avoir pas voulu tester, puisque le testament est nul, mais il est censé avoir voulu révoquer, puisque l'acte révocatoire est valable. Il faut dire : le testateur a voulu tout ensemble tester et révoquer, l'acte par lequel il a manifesté sa volonté est nul, donc il est censé n'avoir rien voulu, ni tester, ni révoquer. Ce que nous disons de la volonté s'applique naturellement à l'écrit, qui est l'expression de la volonté. Si la volonté est indivisible, l'écrit l'est aussi. C'est un testament que le défunt a voulu faire, ce testament est nul, il n'existe pas aux yeux de la loi, c'est le néant : divise-t-on le néant? et le néant peut-il valoir pour partie?

On invoque encore les travaux préparatoires. La question que nous discutons était déjà controversée dans l'an-

cien droit. Au conseil d'Etat, Berlier en fit la remarque et demanda que la difficulté fût tranchée. A son avis, le testament, quoique nul en la forme, devait opérer révocation s'il contenait une clause révocatoire, et par suite la succession devait s'ouvrir *ab intestat*. Tronchet dit également que le second acte, quoique nul, annonçait néanmoins, de la part du testateur, un changement de volonté dont l'effet devait être d'anéantir le testament. Le conseil d'Etat décida que la proposition de Tronchet serait convertie en disposition(1). Mais aucune suite ne fut donnée à cette décision. Nous nous trouvons donc en présence d'une décision du conseil qui n'a pas été exécutée. C'est dire que l'on n'en peut tenir aucun compte (2).

189. Il y a des arrêts en sens contraire, mais ils ont peu d'importance. L'un, de la cour de Grenoble, est à peine motivé. L'autre, de la cour de Bruxelles, ne touche pas à la vraie difficulté; c'est une question de texte; et la cour de Bruxelles ne répond pas à cet argument décisif. Elle dit que le retour à l'ordre naturel des successions est favorable. Sans doute, puisque cet ordre naturel est le droit commun. Mais la loi permet d'y déroger; dès lors il faut que la volonté du testateur soit respectée. Or, il a testé; l'on prétend que son testament est révoqué par un nouveau testament, et il se trouve que cette volonté nouvelle n'existe pas aux yeux de la loi. Donc l'ancienne subsiste. La cour de Bruxelles dit que le législateur favorise la révocation des testaments, puisqu'il permet de la faire par un simple acte notarié, alors qu'un acte authentique ne suffit point pour la validité du testament. Cela est vrai, mais il faut ajouter que le testateur n'a pas choisi la voie facile de l'acte notarié, il a voulu faire un testament; et ce qu'il a voulu, il ne l'a pas fait, puisqu'un testament nul en la forme n'a aucune existence aux yeux de la loi. En définitive, nous sommes en présence d'une volonté légalement manifestée; cette volonté subsiste,

(1) Séance du conseil d'Etat, du 27 ventôse an XI, n° 21 (Locré, t. V, p. 272).

(2) Aubry et Rau, t. VI, p. 183, note 5, § 725; Demolombe, t. XXII, p. 181, n° 155; Dalloz, n° 4162, et les auteurs qu'ils citent.

puisqu'elle n'a pas été révoquée, la prétendue révocation n'ayant aucune force légale (1).

Il y a des arrêts qui se fondent sur l'intention du testateur pour décider qu'il n'a pas entendu révoquer son premier testament, que par suite ce testament subsiste et doit recevoir son exécution. Le second testament contient une clause révocatoire qui casse et annule expressément tous autres testaments ; en supposant que la clause reste valable, malgré la nullité du testament, elle ne révoque pas le premier testament, si les dispositions de ce testament sont répétées dans le second en faveur du même légataire, sauf de légers changements. Ainsi dans un premier testament une femme institue son mari ; dans un second, elle reproduit cette institution, en ajoutant une légère modification, la charge de payer 500 francs aux hospices : il n'y a pas de révocation, dit la cour de Limoges, parce qu'il n'y a point de changement de volonté, la volonté de la testatrice étant toujours de gratifier son mari. Même décision de la cour de Nîmes (2).

Il est vrai qu'il y a des cas où la révocation en vertu d'un testament nul comme tel, mais valable comme acte notarié, serait évidemment contraire à l'intention du testateur. Dans une espèce jugée par la cour de Bruxelles, le second testament instituait le même légataire, le mari de la testatrice, en augmentant la libéralité ; le second testament était nul ; si l'on avait maintenu la clause révocatoire, le premier testament eût été révoqué, et par suite la succession aurait été déférée aux héritiers *ab intestat*, ce qui certainement eût été méconnaître la volonté de la défunte (3). Toutefois nous croyons que les cours ont tort de se prévaloir de l'intention du testateur. Il n'est pas exact de dire, comme elles le font, que le second testament ne contient pas de changement de volonté, donc pas de révocation. La volonté n'est pas la même, puisque le

(1) Bruxelles, 20 juillet 1807, et Grenoble, 16 mars 1812 (Dalloz, n° 4165, 1° et 2°).

(2) Limoges, 8 juillet 1808 ; Nîmes, 7 décembre 1821 (Dalloz, nos 4172 et 4173, 1°). Comparez Duranton, t. IX, p. 432, n° 439, et les auteurs qu'il cite.

(3) Bruxelles, 2 mars 1822 (*Pasicrisie*, 1822, p. 80, et Dalloz, n° 4166).



second testament n'est pas la reproduction littérale du premier. Il y a donc un changement de volonté, donc il devrait y avoir révocation, d'après la volonté expresse du testateur, si cette volonté était légalement exprimée. Mais elle ne l'est pas, le second testament étant nul et, par suite, la clause révocatoire est inexistante, aussi bien que toutes les autres clauses du testament annulé. Puisqu'il n'y a plus de volonté, on ne peut pas l'invoquer pour en induire que le testateur a voulu maintenir le premier testament.

La critique que nous faisons de ces arrêts, bien qu'au fond nous approuvions leur décision, a une conséquence importante. Si la question d'intention était décisive, on devrait appliquer la clause révocatoire dans les cas où l'intention du testateur serait de préférer ses héritiers *ab intestat* aux légataires qu'il avait institués par un premier testament, en cas de révocation du second. Ainsi, après avoir institué Pierre légataire universel, le testateur fait un second testament par lequel il lègue tous ses biens à Paul, sans rien laisser à celui qu'il avait d'abord institué son héritier. Le second testament est nul, mais il vaut comme acte authentique. Si la clause révocatoire pouvait valoir, certes il faudrait l'appliquer contre le premier légataire, d'après l'intention du testateur; car le défunt a dû avoir des causes de mécontentement très-vives contre un légataire à qui il enlève tout ce qu'il lui avait donné. On devrait donc dire, si l'intention du testateur était décisive : le défunt a préféré le second légataire au premier, mais s'il avait prévu que le second testament tomberait, il aurait, sans doute aucun, ajouté que, dans cette hypothèse, il préférait ses héritiers *ab intestat* à son premier légataire. Ainsi, si l'on s'en tenait à la volonté du testateur, il y aurait tantôt révocation et tantôt il n'y en aurait pas; ce qui aboutirait à l'arbitraire le plus absolu; le sort des testaments dépendrait de l'appréciation que le juge ferait de la volonté du testateur. A vrai dire, cette volonté ne peut être prise en considération; car il n'y a pas de volonté de révoquer, si elle n'a été exprimée dans les formes solennelles prescrites par la loi; une volonté exprimée en dehors de ces formes n'est pas une volonté.

190. Est-ce à dire qu'il ne faille tenir aucun compte de l'intention du testateur? L'article 1035 dit le contraire, puisqu'il veut que le testateur déclare son changement de volonté; voilà l'élément intentionnel de la révocation. Mais il ne doit être pris en considération que lorsque la volonté de révoquer est légalement manifestée, c'est-à-dire quand il y a un testament valable. Alors naît la question de savoir quelle est cette volonté. Elle peut être pure et simple, elle peut être conditionnelle; elle peut avoir pour objet la révocation de tout le testament antérieur, ou d'une partie de ce testament. Ici les tribunaux ont un pouvoir d'appréciation qu'on ne saurait leur contester, puisqu'ils l'ont toujours quand il s'agit d'une question d'intention. Nous en citerons un exemple remarquable emprunté à la jurisprudence.

Un testateur fait trois testaments olographes. Dans le premier, il institue pour légataires sa sœur et les représentants de deux de ses frères; quant aux héritiers d'un troisième frère, il les exclut, dans un codicille injurieux, comme indignes, en les accusant d'avoir volé la succession de l'un de ses frères prédécédé. Le testateur ajoute: « Tout testament antérieur à ce jour est nul de droit. » Mêmes dispositions dans le second testament, sauf une explication concernant le préciput dû à sa femme. Le troisième testament instituait les mêmes légataires, mais seulement en usufruit, en léguant la nue propriété à leurs successeurs; à la fin du testament, on lisait : « Tout testament antérieur est nul de droit. » Les neveux exhérédés demandèrent la nullité du legs de nue propriété contenu dans le troisième testament, et ils réclamèrent la nue propriété comme héritiers *ab intestat*, le dernier testament restant seul subsistant par suite de la clause expresse de révocation qu'il renfermait à l'égard de tout testament antérieur. Par arrêt de la cour de Paris, le legs de nue propriété fait *à la succession* des légataires fut annulé comme fait à des personnes incertaines. Mais la cour interpréta la clause de révocation en ce sens qu'elle était subordonnée à la condition que le testament qui la renfermait recevrait son exécution; en conséquence, la cour

la déclara non avenue, le testament ayant été annulé.

Voilà donc une clause de révocation, valable en la forme, qui est déclarée non avenue en vertu de l'intention du testateur. La clause de révocation était, à la vérité, formelle, mais l'intention du testateur de ne lui donner effet que si le testament où elle se trouvait recevait son exécution était tout aussi certaine. Supposons que la cour eût appliqué la clause révocatoire, ce qu'avaient fait les juges de première instance. Que serait-il arrivé? La succession aurait été recueillie par les héritiers légitimes, c'est-à-dire précisément par les neveux que le défunt avait exhérédés dans trois testaments successifs. Il y avait ajouté, dira-t-on, une clause de révocation des testaments antérieurs. Oui, mais dans la croyance que sa dernière volonté serait exécutée. S'il avait pu prévoir que son dernier testament serait attaqué, il aurait certainement subordonné la clause de révocation à la validité du testament. Puisque sa volonté était certaine, les juges devaient interpréter la clause révocatoire d'après l'intention du testateur. C'est ce que fit la cour de Paris et, sur le pourvoi, la cour de cassation rendit un arrêt de rejet fondé sur ce que le droit d'interpréter les actes de dernière volonté et de dire quelle a été l'intention du testateur appartient exclusivement aux juges du fait. Le pourvoi objectait que la cour de Paris avait puisé les éléments de sa décision dans les testaments antérieurs, ce qui paraît contraire au principe que la cour de cassation maintient avec une grande rigueur, à savoir que le juge doit interpréter le testament par lui-même, sans qu'il puisse recourir à des preuves extérieures. Il y avait une réponse péremptoire à l'objection, c'est que, dans l'espèce, plusieurs testaments étaient soumis à l'examen de la cour; il s'agissait de savoir si l'un des testaments antérieurs subsisterait en présence de la clause révocatoire que contenait le dernier; la cour devait donc prendre en considération tous les testaments, puisque tous étaient engagés dans le débat (1).

(1) Rejet, 10 juillet 1860 (Dalloz, 1860, 1. 454).

191. Il y a un cas dans lequel la question d'intention n'est pas douteuse. Le testateur révoque son testament par un acte fait dans la forme testamentaire, mais sans faire de nouvelles dispositions de biens. Un acte fait dans la forme testamentaire, qui ne contient aucune disposition de biens, n'est pas un testament; il faut appliquer à cet acte ce que nous avons dit du testament olographe (n° 186). S'il est fait par-devant notaire, il sera valable ou non, selon que les formes prescrites pour les actes notariés auront ou non été observées; peu importe que l'on ait rempli les formes spéciales du testament, car ce n'est pas un testament; on doit apprécier l'acte comme un acte authentique ordinaire. L'acte est-il valable en la forme, il y aura révocation; est-il nul en la forme, il n'y aura pas de révocation. Dans l'une et l'autre hypothèse, l'intention du testateur sera hors de cause. Il a voulu révoquer, mais cette volonté n'existe que si elle est légalement exprimée; la révocation dépend donc de la validité de l'acte (1).

192. Quand la clause révocatoire est valable en la forme, l'étendue de cette clause est une question d'interprétation de volonté; il appartient par conséquent au juge du fait de décider quelles sont les dispositions antérieures qui se trouvent révoquées par le dernier testament. Le testateur institue un légataire universel et révoque toute disposition antérieure qui se trouverait contraire à cette institution. On prétendit que la clause révocatoire étant générale emportait révocation du legs particulier fait par la testatrice dans un testament précédent. La cour de Douai rejeta cette interprétation comme étant contraire à la volonté de la défunte; elle avait fait ce legs pour se conformer à l'intention de son mari; c'était donc, dans sa pensée, une charge qui devait incomber à son héritier quel qu'il fût. A cela on objectait que la clause révocatoire, ainsi entendue, n'avait plus de sens, parce qu'il n'y avait pas d'autres dispositions testamentaires. La cour répond que la clause est une mesure de prudence lorsque les tes-

(1) Rejet, 1er juin 1870 (Dalloz. 1871, 1, 110).

tateurs, parvenus à un âge très-avancé, se défient de leurs souvenirs, relativement aux actes de dernière volonté qu'ils auraient faits antérieurement (1).

Par contre, la clause révocatoire conçue en termes généraux et absolus annule toutes les dispositions antérieures, si telle est l'intention du testateur, alors même que par son dernier testament il n'aurait disposé que d'une partie de ses biens ; les biens dont il ne dispose pas seront, en ce cas, recueillis par les héritiers *ab intestat*. Dans un premier testament, la testatrice dispose de ses biens meubles et immeubles ; puis elle en fait un nouveau par lequel elle déclare expressément révoquer tous testaments qu'elle a pu faire jusqu'à ce jour, voulant qu'ils soient considérés comme s'ils n'avaient pas été faits. Il était impossible de contester l'étendue de cette clause révocatoire ; le premier testament devait donc être considéré comme non avenu. Restait le second qui ne disposait que des immeubles ; le mobilier était donc dévolu aux héritiers *ab intestat*. On ne pouvait pas dire que le legs du mobilier n'ayant pas été révoqué, les premiers légataires y avaient droit en vertu du testament antérieur ; il est très-vrai qu'il n'y avait aucune incompatibilité entre les deux testaments quant au mobilier, et s'il n'y avait pas eu de révocation expresse, la révocation tacite n'aurait annulé le premier testament que quant à la disposition des immeubles. Mais la révocation était expresse et tellement absolue, qu'elle anéantissait le premier testament. Ce qui décidait le litige en faveur des héritiers *ab intestat* (2).

3. DU CAS PRÉVU PAR L'ARTICLE 1037.

193. L'article 1037 porte : « La révocation faite dans un testament postérieur aura tout son effet, quoique ce nouvel acte reste sans exécution par l'incapacité de l'héritier institué ou du légataire, ou par leur refus de re-

(1) Douai, 29 décembre 1838 (Dalloz, n° 4185).

(2) Caen, 2 décembre 1847 (Dalloz, 1849, 2, 84). Tout le monde est d'accord sur ce point. Voyez les autorités citées par Dalloz (1849, 2, 84, en note).

cueillir. » Quel est le motif de cette disposition? Les auteurs du code l'ont empruntée à l'ancien droit. On la justifiait en disant que le défunt avait manifesté valablement la volonté de révoquer le premier legs, et que cette volonté ne pouvait être altérée par un fait étranger au testateur (1). Cela suppose que la révocation, dès qu'elle est valable en la forme, est absolue, en ce sens qu'elle doit produire son effet quand même les nouvelles dispositions ne seraient pas exécutées. Mais cette supposition est contraire à un principe fondamental en cette matière. La révocation se lie aux dispositions nouvelles faites par le testateur; elle fait donc naître une question d'intention : le testateur subordonne-t-il sa révocation à l'exécution du second testament? ou entend-il que le premier soit révoqué alors même que le second serait caduc? Puisque l'intention du testateur peut être de maintenir son premier testament au cas où le nouveau tomberait, le législateur aurait dû donner au juge le pouvoir d'apprécier la volonté du défunt. Tel est le principe (n° 190); et il n'y avait pas de raison de s'en écarter. L'article 1037 étant contraire aux vrais principes, on pourrait y voir une exception, et partant le restreindre au cas prévu par le texte. Mais pour l'interpréter, il faut se placer au point de vue des auteurs du code; or, en consacrant une règle traditionnelle, ils l'ont comprise comme on la comprenait dans l'ancien droit, c'est-à-dire comme une application des principes généraux.

194. Il a été jugé que l'article 1037 doit s'appliquer par analogie au cas où l'héritier institué vient à prédécéder. Le texte même de la loi est applicable. En effet, la première condition requise pour succéder est d'exister (art. 906); on peut donc dire que celui qui est mort au décès du testateur est incapable. On l'a contesté devant la cour de cassation; la cour a jugé que l'arrêt attaqué, en maintenant la révocation en cas de prédécès du légataire, loin d'avoir faussement appliqué l'article 1037, avait fait

(1) Ricard, partie III, n° 281. Merlin, *Répertoire*, au mot *Révocation de testament*, § 1, n° III.

une saine interprétation de la loi (1). Il y a, en tout cas, un motif d'analogie que l'on ne saurait nier. La révocation est valable en la forme, et c'est par un fait indépendant de la volonté du testateur que le second testament devient caduc; puisqu'il tombe du vivant même du testateur, celui-ci a pu faire de nouvelles dispositions; s'il n'en fait point, c'est qu'il veut maintenir la révocation et transmettre ses biens à ses héritiers *ab intestat*.

195. On a prétendu que l'article 1037 devait encore recevoir son application lorsque le second testament était nul pour cause d'insanité d'esprit du testateur. La cour de cassation a repoussé cette étrange interprétation. Quand le testament qui contient une clause révocatoire est nul pour insanité d'esprit, il n'y a plus de testament, donc plus de clause révocatoire, celle-ci est viciée par l'insanité d'esprit aussi bien que toutes les autres clauses du testament; elle doit donc tomber avec le testament (2).

Il résulte de là une conséquence très-importante : c'est que dans tous les cas où la nullité du testament vient de l'incapacité du testateur, la clause révocatoire tombe avec le testament. Le mineur fait un testament au profit de son tuteur : le testament est nul, ainsi que la clause révocatoire qu'il contient. En effet, la prohibition établie par l'article 907 est fondée sur la présomption que la volonté du testateur n'est pas libre; et cette présomption a été créée par le législateur à raison de l'empire que le tuteur exerce sur l'esprit de son pupille. De là suit que le testament fait par le mineur au profit de son tuteur est nul comme n'étant pas l'expression de la libre volonté du testateur; donc la clause révocatoire est viciée aussi bien que le testament. On objecte que le tuteur aussi, héritier institué, est incapable, que l'on se trouve, par conséquent, dans les termes de l'article 1037. La cour de cassation répond qu'il s'agit principalement de l'incapacité du disposant, ce qui rend l'article 1037 inapplicable (3).

(1) Rejet, 13 mai 1834 (Dalloz, n° 4175). Duranton, t. IX, p. 450, n° 430, et tous les auteurs.
(2) Rejet, 22 août 1836 (Dalloz, n° 4387).
(3) Cassation, 11 mai 1864 (Dalloz, 1864, 1, 187).

196. Le second testament est nul comme renfermant une substitution; la clause révocatoire qu'il contient sera-t-elle valable? Ce cas n'est pas prévu par l'article 1037; et on ne peut pas dire non plus qu'il s'agisse d'une incapacité du testateur. On reste donc sous l'empire du principe qui régit la révocation (n° 190) : la révocation est valable en la forme, car, malgré la nullité de la substitution, le testament reste l'expression de la volonté du testateur. Reste à savoir quelle est cette volonté. Il a été jugé que la clause de révocation doit tomber avec le second testament, par la raison que le légataire institué était le même et que le testateur entendait le gratifier, malgré la clause révocatoire, en ce sens que cette clause, dans son intention, était conditionnelle et devait valoir seulement au cas où le second testament produirait son effet (1). La cour de cassation a rendu une décision dans le même sens, en posant comme principe que les dispositions testamentaires, quand d'ailleurs le testament est régulier dans la forme, prennent toute leur force de la volonté du testateur; or, la recherche de cette volonté est du domaine souverain des juges du fait. Dans l'espèce, le testateur avait fait deux testaments au profit de la même légataire; la cour de Riom en conclut que la volonté persévérante du défunt avait été de transmettre ses biens à ladite légataire, que tel était le motif dominant de ses dispositions; de là résultait la conséquence que la clause révocatoire contenue dans le second testament n'avait détruit l'institution contenue dans le premier que conditionnellement, dans la supposition que le second testament produirait ses effets (2).

La chambre civile a rendu un arrêt dans une affaire analogue, et elle a décidé que l'article 1037 était applicable par analogie (3). Dans, l'espèce, le second testament contenait aussi une substitution et une clause révoca-

(1) Nîmes, 7 décembre 1821 (Dalloz, n° 4173, 1°).
(2) Rejet, 5 juillet 1858 (Dalloz, 1858, 1, 385), et 10 juillet 1860 (Dalloz, 1860, 1, 454).
(3) Rejet, 25 juillet 1849 (Dalloz, 1849, 1, 321, et une consultation de Duvergier, dans le même sens, *ibid.*).

toire ; la clause de révocation fut maintenue. Il n'y a réellement pas de contradiction ; car, dans l'affaire qui se présentait devant la chambre civile, le débat ne portait pas sur l'intention du testateur; si la question d'intention avait été agitée, la décision eût été douteuse, car les légataires institués dans les deux testaments n'étaient pas les mêmes et la révocation résultait précisément de la contrariété et de l'incompatibilité des dispositions que renfermaient les deux actes. Le débat ne portait donc que sur un point de droit : la volonté de révoquer, légalement manifestée, doit-elle être maintenue malgré la nullité du second testament? C'est cette question que la cour de cassation jugea affirmativement, en décidant que l'article 1037 était applicable par analogie. Nous croyons que la décision est trop absolue ; la question est toujours une question d'intention plutôt qu'une question de droit. Seulement il n'appartient pas à la cour de cassation de juger les questions d'intention.

Il y a un arrêt de cassation plus récent qui semble décider le contraire; mais l'espèce est différente. Nous la rapportons pour montrer combien il est chanceux d'invoquer des précédents alors que les faits diffèrent d'une cause à l'autre. Une veuve lègue à son beau-fils la part qui lui appartiendra, au jour de son décès, dans les immeubles dépendant de la communauté ayant existé entre elle et son mari. Par un second testament, elle lègue les mêmes immeubles au même légataire, sous charge de substitution au profit de tous ses enfants nés et à naître. La substitution, autorisée en France au moment du testament, a été annulée dès avant la mort de la testatrice par la loi du 7 mai 1849, qui a aboli celle du 17 mai 1826, et remis en vigueur l'article 896 du code civil. Dès lors le second legs était nul à l'égard de l'institué comme à l'égard des substitués. Mais le second testament contenait une clause formelle qui révoquait le premier. Fallait-il maintenir la révocation malgré l'annulation du second legs? En droit, il n'est pas douteux que la clause de révocation ne fût valable. Restait la question d'intention. La cour de Caen avait jugé, en se fondant sur la volonté *présumée* de la

testatrice, que, le second legs tombant, la clause révocatoire devait tomber aussi. Cette décision a été cassée. Mais pour quel motif? La cour de cassation entend-elle dire que la clause de révocation doit toujours produire son effet, sans qu'il soit permis de rechercher la volonté du testateur? Non, la cour dit que, dans l'espèce, cela est inadmissible, parce que cette interprétation conduirait à la violation de l'article 896, lequel est d'ordre public. En effet, si le premier legs recevait son exécution, le légataire prenait les immeubles que, d'après le second legs, il ne pouvait pas conserver, ce qui aboutissait à maintenir l'institution en annulant la substitution (1). Nous doutons que l'argumentation soit bien décisive. L'institué ne peut pas profiter de la substitution en vertu du testament qui contient la substitution; cela serait contraire à l'ordre public. Mais, dans l'espèce, il ne recueillait pas les immeubles en vertu d'une substitution prohibée, il les recueillait en vertu d'un premier legs qui n'était pas entaché de substitution. La question d'intention restait donc entière; nous ne la discutons pas, ces débats sont de fait et non de droit.

3. DE LA RÉTRACTATION DE LA RÉVOCATION.

197. Que la révocation d'un testament puisse être rétractée, cela n'est pas douteux. Il s'agit d'une disposition qui concerne les dernières volontés du testateur; or, la volonté de l'homme est ambulatoire jusqu'à sa mort. Le testateur a changé de volonté en révoquant un premier testament; il peut changer de nouveau de volonté en rétractant sa révocation. Reste à savoir quel sera l'effet de cette rétractation.

Il y a une première difficulté : le testament révoqué peut-il revivre? Grenier dit qu'il est nul comme s'il n'avait jamais existé, que par suite il est impossible que le testament révoqué revive, puisqu'il n'a jamais eu de vie (2). On

(1) Caen, 17 janvier 1865 (Dalloz, 1865, 2, 149) et Cassation, 23 juillet 1867 (Dalloz, 1867, 1, 329).
(2) Grenier, t. III, p. 75 et suiv., nos 347 et 347 *bis*.

trouve quelquefois ces expressions dans les clauses révocatoires; le testateur les emploie pour manifester énergiquement sa volonté de révoquer ses premières dispositions. Mais il faut se garder d'en faire une règle de droit. Déjà dans l'ancienne jurisprudence la question s'est présentée, et d'Aguesseau a parfaitement établi que le testament révoqué n'est pas un testament nul. La nullité provient d'un vice qui infecte l'essence du testament, et comme le testament est un acte solennel, on peut dire que le testament nul n'a jamais eu d'existence aux yeux de la loi. On ne peut pas en dire autant du testament révoqué : il était valable, il exprimait la volonté du testateur, il existait aux yeux de la loi; pourquoi ne produit-il pas d'effet? C'est à cause d'un changement de volonté. Mais ce changement de volonté n'affecte pas la forme; l'acte était valable comme testament, la volonté qui change ne peut pas avoir pour effet de vicier le premier testament; il reste un acte valable par lui-même; seulement il devient inefficace, parce que le testateur a changé de volonté, mais ce changement n'est pas définitif, le testateur peut revenir à sa première volonté, telle qu'elle est constatée par le premier testament(1). La révocation d'un testament n'est donc pas un obstacle à ce que ce testament revive. La seule difficulté est de savoir comment il revivra.

198. Le testament révoqué peut revivre si le testateur déclare que telle est sa volonté, en rétractant la révocation dans un testament. Cela n'est pas douteux. On l'a cependant contesté devant la cour de cassation, mais inutilement (2). Le premier testament subsiste, quoique révoqué, comme expression légale de la volonté du testateur; la révocation lui a enlevé son efficacité en prouvant que le testateur a changé de volonté; mais le testateur est libre de changer de nouveau de volonté; il peut donc revenir à sa volonté première; s'il déclare que telle est son intention dans un acte revêtu des formes testamen-

(1) D'Aguesseau, plaidoyer 46. Troplong, t. II, p. 218, n° 2065.
(2) Rejet, 4 décembre 1811, rapporté par Merlin, avec les plaidoiries (*Répertoire*, au mot *Révocation de testament*, § V, n° VII (t. XXX, p. 70). Les auteurs sont d'accord (Dalloz, n° 4179).

taires, il fait, en réalité, un testament, en écartant l'obstacle, la révocation, qui s'opposait à l'exécution du premier testament. Pourquoi le forcerait-on à transcrire de nouveau les dispositions du premier testament, puisque ces dispositions subsistent et qu'il ne leur manque qu'une chose pour être efficaces, c'est d'écarter la révocation? Eh bien, le testateur détruit cet obstacle en manifestant sa volonté par un testament.

Le testateur peut-il aussi déclarer dans un acte authentique sa volonté de rétracter la révocation et de faire revivre le premier testament? Ici il y a quelque doute. Il n'y a de testament que lorsque le défunt manifeste ses dernières volontés dans les formes voulues par la loi. Or, la dernière volonté du testateur résulte de l'acte par lequel il rétracte sa révocation; donc, dit-on, la rétractation devra se faire par un testament, un acte notarié ordinaire ne pouvant pas contenir de disposition testamentaire. Cette opinion est très-plausible en théorie, mais elle n'est pas en harmonie avec le texte ni avec l'esprit du code civil. Il ne s'agit pas de faire de nouvelles dispositions testamentaires; ces dispositions existent, elles sont exprimées dans une forme légale; seulement la volonté qu'elles expriment avait subi une modification, il s'agit d'écarter cette modification pour revenir à la volonté primitive. Or, il est de principe qu'un acte peut être dissous de la même manière dont il a été formé. Comment se fait la révocation? Par acte authentique ou par un nouveau testament; puisque la rétractation est une révocation de la révocation, elle peut aussi se faire sous l'une ou l'autre de ces formes. Vainement dit-on que la rétractation diffère de la révocation en ce qu'elle est un nouveau testament, tandis que la révocation n'est pas un nouveau testament. Nous répondons avec la cour de cassation que c'est introduire dans l'article 1035 une distinction qui n'y est point. Un acte révocatoire peut être révoqué par un autre acte révocatoire; donc la révocation peut être révoquée par un acte authentique, aussi bien que par un testament, car la loi met absolument sur la même ligne le testament et l'acte authentique. Cela est aussi fondé en raison. Il

n'est pas exact de dire que la rétractation est un nouveau testament, c'est l'ancien testament qui revit, et il revit par un acte révocatoire qui écarte la révocation, seul obstacle qui s'opposait à l'exécution du premier testament. Donc il faut appliquer les principes qui régissent la forme des actes révocatoires, et non les principes qui régissent la forme des testaments (1).

199. Le testateur rétracte l'acte révocatoire. Cela suffit-il pour que le testament révoqué revive? ou faut-il que le testateur déclare formellement que sa volonté est de faire revivre le premier testament? C'est une question d'intention, donc elle est du domaine des juges du fait, qui la décideront d'après les circonstances de la cause. Les auteurs aiment à poser des règles générales destinées à décider tous les cas particuliers qui se présenteront. Cette méthode d'école a des inconvénients, c'est d'imposer une règle absolue à des hypothèses qui peuvent varier de caractère d'un cas à l'autre; on risque ainsi de méconnaître la volonté du testateur. Mieux vaut, nous semble-t-il, s'en rapporter à la prudence du juge, qui pourra apprécier la diversité des circonstances de manière à suivre toujours la volonté du testateur (2).

Les auteurs distinguent. Il y a un cas dans lequel tout le monde est d'accord. L'acte révocatoire est une simple révocation, il ne contient aucune disposition nouvelle. Si cette révocation est rétractée, la rétractation, dit-on, fait revivre de plein droit le testament révoqué (3). Nous n'aimons pas cette expression *de plein droit;* une chose se fait de plein droit quand elle se fait en vertu de la volonté du législateur, et, dans ce cas, le juge est lié par la décision de la loi. Or, nous n'avons pas de loi sur la rétractation de la révocation, et si le législateur en avait fait une, il se serait bien gardé de lier le juge dans une matière où tout dépend de l'intention du testateur. Or, si la

(1) Cassation, 22 mars 1837, et sur renvoi, Dijon, 8 mars 1838 (Dalloz, n° 4182).
(2) Marcadé, t. IV, p. 128, n° II de l'article 1037.
(3) Aubry et Rau, t. VI, p. 185 et note 6, § 725. Demolombe, t. XXII, p. 139, n° 161.

volonté de l'homme est ambulatoire jusqu'à sa mort, elle est aussi infiniment capricieuse; de sorte qu'il est toujours très-chanceux d'affirmer que le testateur, en rétractant la révocation, n'a pu avoir d'autre intention que de faire revivre le premier testament. Abandonnons au juge ce qui est essentiellement de son domaine, l'appréciation de la volonté.

Lorsque l'acte révocatoire se trouve dans un nouveau testament, on décide que la rétractation de ce testament ne fait revivre les dispositions du premier qu'autant que le testateur a exprimé que telle était son intention (1). D'autres auteurs pensent que la rétractation suffit, dans le second cas comme dans le premier, sans qu'il faille une déclaration de volonté (2). Nous écartons cette dernière opinion que nous venons de combattre. Quant à celle qui exige une déclaration formelle de la volonté du testateur, elle nous paraît aussi contraire aux vrais principes. L'interprète peut-il imposer au testateur une condition que la loi ignore? Puisque le code ne s'occupe pas de la rétractation de la révocation, la question de savoir ce que le testateur a voulu en rétractant la révocation est une question de fait que le juge décidera d'après les circonstances. Pourquoi exiger une déclaration formelle de volonté alors que, d'après les principes généraux de droit, la volonté peut s'exprimer même par des faits (3)?

200. La jurisprudence, plus sage que la doctrine, est en ce sens. Il a été jugé par la cour de cassation qu'il appartient aux juges du fait de décider souverainement si un testateur qui a rétracté la révocation qu'il avait faite d'un testament a entendu faire revivre ce testament. Dans l'espèce, la cour de Caen avait jugé qu'un troisième testament, qui révoquait le deuxième, ne contenait rien qui exprimât ou qui fît présumer que le testateur avait eu l'intention de faire revivre ses premières dispositions testamentaires; qu'il résultait, au contraire, des circonstances que le testateur n'avait pas entendu rendre à son

(1) Aubry et Rau (voyez p. 218, note 3).
(2) Duranton, t. IX, p. 436, n° 441.
(3) Demolombe, t. XXII, p. 139, n° 162.

premier testament l'effet que cet acte avait perdu par la révocation contenue dans le deuxième (1).

Il y a un arrêt qui admet que la rétractation de la révocation d'un testament fait revivre ce testament de plein droit. Mais cet arrêt n'a aucune autorité, parce qu'il est à peine motivé (2).

N° 2. DE LA RÉVOCATION TACITE.

I. *De la révocation par des dispositions postérieures.*

1. PRINCIPE.

201. L'article 1036 porte : « Les testaments postérieurs qui ne révoqueront pas d'une manière expresse les précédents, n'annuleront, dans ceux-ci, que celles des dispositions y contenues qui se trouveront incompatibles avec les nouvelles, ou qui seront contraires. » Cette disposition consacre le principe du droit coutumier. D'après le droit romain, un second testament annulait nécessairement le premier. La raison en est que le testament était la distribution entière de l'hérédité, personne ne pouvant décéder *partim testatus, partim intestatus;* on ne pouvait donc tester une seconde fois sans changer complétement de volonté; de là l'impossibilité de la coexistence de deux testaments. Les coutumes n'admettaient pas la règle romaine ni les conséquences qui en découlaient; elles permettaient donc de faire plusieurs testaments; le second ne révoquait le premier que s'il contenait une clause révocatoire ou des dispositions inconciliables avec les précédentes (3).

202. Il est arrivé, comme pour témoigner de la volonté capricieuse des hommes, qu'un testateur a laissé deux testaments olographes datés d'un même jour, et, de plus, l'un révoquait l'autre. La clause révocatoire ne pouvait

(1) Rejet, 7 février 1843 (Dalloz, n° 4180, 3°). Comparez Lyon, 18 mai 1847 (Dalloz, 1848, 2, 47).
(2) Grenoble. 14 juin 1810 (Dalloz, n° 4181).
(3) Argou, *Institution au droit français*, II, 17 (t. I, p. 409). Troplong, t. I, p. 219, n°s 1067 et suiv.).

recevoir d'effet, puisqu'on ne savait lequel des deux testaments était le dernier. On considéra donc les deux testaments comme n'en faisant qu'un, et on maintint toutes les dispositions qui n'étaient pas inconciliables (1). Dans une espèce identique, on prétendait, devant la cour de cassation, que la clause révocatoire ajoutée à chacun des deux testaments les anéantissait l'un et l'autre, ce qui aboutissait à ce résultat absurde que le défunt qui avait fait deux testaments était censé n'en avoir fait aucun. La cour jugea que la clause révocatoire ne pouvait s'appliquer à aucun des deux testaments, la révocation impliquant nécessairement une différence de date; il restait à exécuter les deux testaments en tant qu'on pouvait concilier leurs dispositions (2).

Dans une autre espèce, la légataire unique, instituée dans les deux testaments olographes, prétendait cumuler les deux legs en l'absence de toute clause révocatoire, et les deux dispositions étant très-compatibles. Cela n'est pas probable, dit la cour. Celui qui lègue dans deux testaments 8,000 francs et 12,000 francs aurait fait un legs de 20,000 fr. si son intention avait été de donner cette somme. Il fallait donc accorder la préférence à l'un des deux testaments; or, les héritiers offraient de payer le legs le plus élevé, ce qui aurait dû mettre fin au débat. La cour jugea en ce sens en vertu du pouvoir discrétionnaire qu'ont les tribunaux pour apprécier l'intention du testateur (3).

La cour de Liége a eu à se prononcer sur un débat analogue. Dans deux testaments olographes portant la même date, le testateur avait disposé de ses biens au profit des enfants de ses deux frères; l'institution était la même, mais le mode de partage différait; l'un des testaments admettait le partage par tête; l'autre, le partage par souche. On prétendit, d'une part, que l'un des testaments annulait l'autre et qu'il fallait déférer la succession *ab intestat;* d'autre part, on soutint qu'il n'y avait d'in-

(1) Limoges, 6mars 1840 (Dalloz, n° 4199).
(2) Rejet, 5 juin 1834 (Dalloz, n° 4202, 3°).
(3) Bourges, 15 mars 1847 (Dalloz, 1847, 2, 140).

compatibles que les deux clauses concernant le partage. La cour donna la préférence à cette dernière interprétation, la plus raisonnable sans contredit : comment croire que le défunt eût voulu mourir *intestat*, alors qu'il instituait les mêmes légataires dans deux testaments faits coup sur coup? Restait la difficulté du partage; les deux clauses étant incompatibles, elles tombaient l'une et l'autre, puisqu'on ne savait laquelle était la dernière; la décision aboutissait au partage par tête entre tous les légataires (1).

203. Aux termes de l'article 1036, il y a révocation tacite lorsque les deux testaments renferment des dispositions *incompatibles* ou *contraires*. Y a-t-il une différence entre les dispositions *incompatibles* et les dispositions *contraires?* On a dit que deux dispositions sont *incompatibles* lorsqu'elles sont faites au profit de la même personne, et que la seconde comprend, mais avec moins d'étendue, ce qui avait déjà été donné au légataire par la première : tel serait le legs de la propriété et le legs de l'usufruit faits au profit du même légataire dans deux testaments successifs. On dit que deux dispositions sont *contraires* lorsqu'elles sont faites à deux personnes différentes, et qu'elles sont de telle nature que la seconde implique la volonté d'abandonner la première (2).

Ces distinctions n'ont pas trouvé faveur. Elles n'ont aucun appui, ni dans les textes, ni dans les travaux préparatoires, ni dans la tradition, et, de plus, elles sont inutiles, car on avoue qu'il n'y a aucune règle qui serve à décider si des dispositions sont ou non contraires. Les expressions dont la loi se sert ont un sens très-clair; le législateur veut dire que si deux dispositions écrites à des époques différentes ne peuvent pas se concilier, la dernière l'emporte sur la première, parce que c'est la dernière expression de la volonté du testateur. Si la conciliation est possible, les deux volontés reçoivent simultanément leur exécution (3).

(1) Liége, 26 avril 1849 (*Pasicrisie*, 1850, 2, 309).
(2) Mourlon, t. II, p. 388. Coin-Delisle, p. 499, n° 3 de l'article 1036, et les auteurs qu'il cite.
(3) Bayle-Mouillard sur Grenier, t. III, p. 55. Demolombe, t. XXII, p. 151, n° 168.

204. La doctrine et la jurisprudence distinguent l'incompatibilité matérielle et l'incompatibilité intentionnelle. Deux dispositions sont matériellement incompatibles lorsque leur exécution simultanée est absolument impossible. Je commence par léguer à Pierre la pleine propriété d'un fonds, puis je lui lègue l'usufruit de ce fonds ; il y a une impossibilité absolue à ce que Pierre soit tout ensemble propriétaire et usufruitier, car on ne peut être usufruitier de sa propre chose : *Res sua nemini servit.* Donc le second legs révoque nécessairement le premier. Il y a incompatibilité intentionnelle lorsque l'exécution simultanée des deux dispositions serait possible, mais qu'elle ne peut se faire, parce qu'elle serait contraire à l'intention du testateur (1).

On a soutenu devant les tribunaux que l'incompatibilité devait être matérielle. Le texte ne parle pas de l'intention du testateur; l'article 1036 veut que la volonté de révoquer résulte de la nature même des dispositions, de leur incompatibilité ou de leur contrariété. Et tel paraît aussi être l'esprit de la loi, à en juger par le discours de l'orateur du Tribunat; on y lit : « Sur la révocation des testaments, on s'est écarté du principe d'après lequel le testament était censé révoqué par un testament postérieur. On présumait que telle avait été l'intention du testateur. Cette *présomption* pouvait être contraire à la vérité. La loi ne doit établir que des présomptions *certaines* et *infaillibles*. Il est donc convenable d'exiger que le second testament contienne la *déclaration* du testateur qu'il change de volonté; c'est ce que porte le projet (2). »

Cette interprétation rigoureuse de la loi n'a pas été accueillie par les tribunaux; elle aboutirait le plus souvent à méconnaître la volonté du testateur. Le texte ne dit pas ce qu'on lui fait dire. Il veut que les dispositions soient incompatibles ou contraires; mais il ne définit pas ce qu'il faut entendre par contrariété ou incompatibilité. Si elles résultent de la volonté du testateur, le juge doit

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 187, § 725.
(2) Favard, Discours, n° 21 (Locré, t. V, p. 372).

admettre l'abrogation tacite, car, en matière de testament, il doit, avant tout, donner effet à la volonté du défunt. L'orateur du Tribunat ne dit point le contraire. Il explique pourquoi le code civil s'écarte du droit romain, et il l'explique très-mal; le principe du droit romain n'était pas fondé sur une présomption. Favard s'exprime encore inexactement en disant que l'article 1036 exige une déclaration; il l'exige pour la révocation expresse, il serait absurde de l'exiger pour la révocation tacite. Il faut toujours la volonté de révoquer, mais cette volonté peut se manifester, soit par une déclaration expresse, soit par la nature des dispositions. Donc la révocation tacite ou expresse est essentiellement une question de volonté, partant le juge doit toujours la rechercher.

205. La jurisprudence est en ce sens. On lit dans un arrêt de la cour de cassation : « La loi n'exige pas que l'incompatibilité ou la contrariété soient matérielles, elles peuvent résulter de l'intention clairement manifestée du testateur, dans son second testament, de ne point laisser subsister simultanément les dispositions qu'il renferme et celles par lui précédemment faites. » De là suit que les juges du fait décident souverainement les questions d'abrogation. Ce pouvoir discrétionnaire n'est pas sans danger, et il n'est pas en harmonie avec l'esprit de nos institutions modernes. Mais le législateur a dû accorder ce pouvoir au juge, sous peine de voir la volonté du testateur méconnue. Un arrêt de la cour de Grenoble en offre un exemple remarquable (1).

La cour commence par rappeler le principe qui domine dans la matière des testaments et qui veut que l'on y recherche, avant tout, la véritable intention du testateur; n'est-ce pas pour cela que l'on appelle les legs des dispositions de dernière volonté? Quand le testateur a changé de volonté, le juge est appelé à apprécier quelle est sa volonté dernière et à la faire exécuter. Le législateur a donc dû laisser au juge le pouvoir d'interpréter la volonté du défunt. Dans l'espèce, la testatrice avait fait un second

(1) Rejet, 10 mars 1851 (Dalloz, 1851, 1, 74). Comparez Rejet, 5 avril 1870 (Dalloz, 1871, 1, 22).

testament où elle instituait la même légataire, mais sans reproduire les dispositions du premier testament. On prétendit que le nouveau testament n'ayant rien de contraire ni d'incompatible avec ces dispositions, elles devaient recevoir leur exécution. La cour répond qu'il faut voir si, dans l'intention de la testatrice, le second testament ne révoquait pas en tout le premier. Or, l'affirmative n'était guère douteuse; elle résultait des dispositions mêmes du second testament. D'abord, il instituait la même héritière et il reproduisait presque tous les legs contenus dans le premier; ce qui prouve déjà que l'intention de la testatrice était de faire, non une simple modification ou une addition à ses premières dispositions, mais un testament complet destiné à remplacer les testaments précédents. Puis la testatrice prie sa sœur, légataire universelle, de suppléer à toutes les omissions qu'elle pourrait faire dans ses dernières dispositions, ce qui ne permettait pas de douter que ce dernier testament ne fût l'expression complète de ses volontés; s'il y avait des omissions, c'est-à-dire d'autres dispositions à faire, la testatrice s'en rapportait à l'affection et au désintéressement de son héritière. C'était dire clairement que, dans sa pensée, la testatrice considérait comme n'étant plus écrit ce qui n'était pas écrit dans ce dernier testament, car tout ce qui n'y était pas écrit était une omission, et pour réparer ces omissions, elle s'en rapportait à sa sœur. On objectait, ce que l'on objecte souvent contre l'abrogation des testaments antérieurs, que la testatrice les avait conservés alors qu'il lui était si facile de lever tout doute en les détruisant. Cela est vrai, mais les juges n'ont pas à voir ce que le testateur aurait dû faire; dès qu'ils sont convaincus que le testateur a voulu révoquer ses testaments antérieurs, ils n'en peuvent plus tenir aucun compte.

206. La cour de Grenoble ajoute que si les tribunaux ont un pouvoir d'appréciation, ils ne doivent pas l'exercer d'une manière arbitraire. Notre législation permet la coexistence de plusieurs testaments; le second pouvant coexister avec le premier, le juge doit les faire exécuter l'un et l'autre, à moins que le testateur n'ait entendu ré-

voquer le premier par le second; la loi dit que si cette intention n'est pas expresse, on ne peut l'admettre que lorsqu'elle résulte de la contrariété des dispositions. Or, il est de principe que la volonté tacite doit avoir le même caractère de certitude que la loi exige pour la volonté expresse. De là la cour de Grenoble conclut que la révocation tacite ne peut être admise que lorsque la volonté du testateur apparaît d'une manière claire et certaine (1). Tel est le vrai principe; les cours le formulent quelquefois d'une manière trop absolue et qui dépasse sans doute leur pensée. Ainsi la cour de Bourges dit que la loi, n'ayant tracé aucune règle concernant l'incompatibilité ou la contrariété des dispositions, s'en est rapportée par cela même entièrement aux lumières et à la conscience des juges; qu'ils peuvent donc faire résulter l'incompatibilité non-seulement de la nature des choses léguées, mais encore de la volonté du testateur manifestée soit par la teneur des actes, soit par les faits et les circonstances de la cause dont ils sont appréciateurs souverains (2). Il est vrai que la loi n'a point défini les dispositions incompatibles et contraires; mais il n'est pas exact qu'elle n'ait tracé aucune règle à cet égard. La règle résulte, comme nous venons de le dire, des principes généraux qui concernent le consentement tacite et de la disposition spéciale de l'article 1036 qui, en exigeant une déclaration expresse pour la révocation expresse, exige implicitement une déclaration de volonté tout aussi certaine quand la révocation est tacite.

207. Il est très-difficile d'apprécier avec certitude la volonté du testateur; le plus souvent il reste quelque doute, parce que s'il y a des motifs pour admettre la révocation, il y en a aussi pour maintenir les premières dispositions. Dans le doute, que feront les tribunaux? Ils décideront qu'il n'y a pas de révocation (3). C'est bien là la règle d'interprétation que les tribunaux suivent; ils se montrent, en général, favorables au maintien des testa-

(1) Grenoble, 17 mars 1853 (Dalloz, 1855, 2, 331).
(2) Bourges, 15 mars 1847 (Dalloz, 1847, 2, 146).
(3) Aubry et Rau, t. VI, p. 188, et note 16, § 725.

ments et, par conséquent, à l'exécution simultanée des dispositions testamentaires faites à des dates différentes. Un testament est une loi, dit la cour de Montpellier, et, comme toutes les lois, il commande l'obéissance et le respect, tant qu'il n'apparaît pas d'une manière certaine qu'il a été abrogé. La cour ordonna, en conséquence, l'exécution simultanée de deux testaments par lesquels un père léguait à son fils la quotité disponible, en y affectant tel bien dans le premier testament et d'autres biens dans le second. Il n'y avait guère de doute sur l'intention du testateur, surtout si l'on prenait en considération les lettres écrites par le père à son fils; il y avait volonté bien décidée du père d'avantager l'aîné de ses fils, de sorte que le dernier legs devait être considéré comme une imputation sur le premier, et non comme une abrogation (1). Mais, comme nous allons le dire, les tribunaux maintiennent souvent les premières dispositions, alors que le testateur en a fait de nouvelles au profit de la même personne. Ainsi, dans un premier acte, le testateur lègue une rente viagère; dans un second acte, il lègue à la même légataire des immeubles et tous ses effets mobiliers. La cour a maintenu les deux legs, par la raison que le respect des dernières volontés du testateur est la loi suprême du juge, et que quand il n'est pas certain que le défunt ait changé de volonté, il faut exécuter tout ce qu'il a voulu (2). Le principe est incontestable, mais est-ce que, dans l'application, les juges n'admettent pas trop facilement la persistance de la volonté du testateur? Nous le croyons. Les tribunaux interprètent les testaments comme si c'étaient des lois, ou, du moins, comme s'ils étaient l'œuvre d'un jurisconsulte, tandis que les testaments olographes sont le plus souvent rédigés avec une ignorance absolue des règles les plus élémentaires de l'orthographe, qui ne fait guère présumer la connaissance du droit. Et la rédaction des testaments par acte public fait-elle naître une présomption plus favorable? Le juge devrait donc se

(1) Montpellier, 17 mars 1869 (Dalloz, 1869, 2, 97).
(2) Liége, 23 février 1870 (*Pasicrisie*, 1870, 2, 120).

placer au point de vue du testateur, c'est-à-dire d'un homme qui ignore le droit. Or, celui qui, après avoir légué une rente viagère, fait ensuite à la même personne un legs considérable en meubles et immeubles, entend-il maintenir sa première libéralité? Le jurisconsulte répond: Oui, car les divers legs n'ont rien d'incompatible. En se mettant en lieu et place des testateurs qui ne savent ce que c'est que l'incompatibilité, il faudrait décider autrement; si le testateur avait l'intention de maintenir son premier legs, il manifesterait sa volonté en rappelant la première libéralité dans le second testament, ou en disant qu'il entend que les deux actes soient exécutés simultanément. Voilà certes la pensée la plus naturelle pour tout homme qui est étranger à la science du droit et qui n'a que son bon sens pour guide. Le juge ne ferait-il pas bien de consulter le bon sens plutôt que la science quand il s'agit de saisir la pensée des testateurs?

208. Il n'est pas de questions plus difficiles que celles de la révocation tacite des testaments. Presque toujours il y a conflit entre le droit et l'intention du testateur. Le juge s'en tient-il au droit, il méconnaît la volonté du défunt. S'il recherche la pensée du disposant, les faits le dominent, et par suite la faveur ou la défaveur de la cause; tout dépend de l'impression que les circonstances font sur son esprit. Dans l'affaire plaidée devant la cour de Montpellier, que nous venons de citer (n° 207), on produisit cinq consultations; quatre se prononçaient pour la révocation, c'était le système des premiers juges; la cinquième soutenait qu'il n'y avait pas de révocation; cette dernière opinion prévalut. Les principes sont reconnus par tout le monde; on ne conteste plus l'incompatibilité intentionnelle, mais tout dépend de l'interprétation qu'on leur donne(1). Nous citerons deux cas; en entrant dans les détails, nous verrons que les difficultés abondent.

Il y a un arrêt dont les considérants se rapprochent de l'opinion que nous venons d'enseigner. Dans un premier

(1) Voyez, sur la doctrine et la jurisprudence, la note de Dalloz, 1869, 2, 97).

testament, la testatrice institue sa sœur héritière universelle, elle fait un legs considérable en domaines et autres objets au profit d'une nièce, et des legs de sommes d'argent au profit d'autres nièces et neveux; puis, dans un second testament, elle nomme légataire universelle la nièce privilégiée et sa sœur légataire particulière, en laissant à ses autres neveux et nièces des sommes moindres que dans le premier testament. Question de savoir si le second testament révoque le premier. Nous n'aurions pas hésité à répondre affirmativement, en nous plaçant au point de vue de la testatrice. Elle avait changé de volonté et fait de ses biens une nouvelle distribution qui, dans sa pensée, révoquait la première. Il y avait cependant un motif de douter. Dans son premier testament, elle avait mis une clause expresse de révocation, tandis que dans le second il n'y en avait point. Scrupule de légiste! Pourquoi, se demandait-on, cette différence? Cela ne prouve-t-il pas que la testatrice voulait maintenir les premières libéralités faites au profit des neveux et nièces moins avantagés? Dans l'interprétation des testaments, on ne doit pas demander trop de pourquoi. C'est oublier qu'il s'agit d'un acte fait en vue de la mort et dans des circonstances où les esprits les plus fermes se troublent; de là vient qu'il y a peu de testaments où l'on ne trouve des omissions inexplicables. Dans l'espèce, la testatrice avait gratifié tous ses neveux et nièces, mais en leur donnant des sommes moindres que celles qu'elle leur avait d'abord léguées. Que ces legs fussent compatibles, en droit, avec les premiers, cela n'était pas douteux, mais il était tout aussi peu douteux que la testatrice n'entendait pas que le premier testament fût exécuté simultanément avec le second; si telle avait été sa pensée, elle aurait rappelé le premier testament; au lieu de cela, on voit que l'affection qu'elle avait pour sa nièce de prédilection avait grandi, qu'elle voulait l'avantager de plus en plus, en ne léguant à sa sœur que l'usufruit d'un domaine et en diminuant les legs faits au profit des autres membres de sa famille; puis elle ajoutait : « Après la mort de ma sœur, ma nièce aura absolument tout mon héritage en payant *mes legs.* »

Par cette expression *mes legs* la testatrice n'entendait certainement que les legs qu'elle venait de faire. Que si elle ne parle pas de son testament antérieur, c'est qu'elle le considérait comme révoqué par l'existence d'un nouveau testament (1); et telle est la pensée de toute personne étrangère au droit, qui fait une distribution complète de tous ses biens par un second testament.

La cour d'Agen a jugé de même dans une espèce analogue. Premier testament instituant un légataire universel et faisant des legs particuliers. Second testament nommant un autre légataire universel sans reproduire les legs particuliers : ceux-ci étaient-ils révoqués? Un légiste peut douter et dire, qu'il n'y a aucune incompatibilité entre les deux testaments en ce qui concerne les legs particuliers; que la volonté du testateur doit être respectée, puisque c'est une loi. Consultez des personnes étrangères à la science du droit, vous aurez une réponse toute différente; elles vous diront que la testatrice qui avait d'abord institué son premier mari légataire universel, en ajoutant des legs pour ses parents, qui ensuite institue son second mari héritier, sans reproduire ces legs particuliers, entendait lui donner tous ses biens sans délibation aucune. Ce n'était pas oubli. Le second mariage de la testatrice avait, comme d'habitude, excité le mécontentement de la famille; la veuve, remariée et habitant loin de ses parents, avait cessé de les voir, elle concentra son affection sur son second époux et lui laissa tous ses biens. Pourquoi, dira-t-on, ne pas ajouter une clause expresse de révocation? Question de légiste. Cette pensée ne pouvait pas même venir à une femme; elle disposait de tous ses biens au profit de son mari, elle ne donnait rien à ses parents : pouvait-elle songer à révoquer des libéralités qui, dans sa pensée, étaient révoquées par cela même qu'elle ne les reproduisait pas (2)?

(1) C'est la remarque de l'arrêt de Grenoble, 8 mars 1849 (Dalloz, 1850, 2, 93).
(2) Agen, 28 juillet 1867, et Rejet, 23 juillet 1868 (Dalloz, 1868, 1, 495).

2. APPLICATION.

209. On lit dans Toullier : « Si, après avoir institué Pierre mon héritier universel par mon premier testament, j'en fais un second où j'institue Paul, le premier était révoqué de plein droit, suivant le droit romain, parce que deux testaments ou deux institutions d'héritier ne pouvaient exister ensemble. Il en est autrement sous l'empire du code, suivant lequel les testaments postérieurs, sans excepter ceux qui contiennent une institution d'héritier, ne révoquent que les dispositions incompatibles avec les nouvelles, ou qui sont contraires. Or, il n'y a point d'incompatibilité à instituer deux ou plusieurs héritiers qui partagent la succession. »

L'argumentation serait parfaite si tous les testateurs avaient étudié le droit romain et le droit civil ; mais les trois quarts des testateurs n'ayant pas la moindre notion de droit, il faut voir ce que, dans leur pensée, signifie l'institution nouvelle d'un légataire universel. Tous diront : C'est un changement absolu de volonté. Celui qui d'abord voulait gratifier Pierre ne veut plus rien lui donner ; il institue Paul son héritier universel, il veut donc lui laisser tous ses biens : c'est dire que lui seul est son héritier et que Pierre ne doit rien avoir dans son hérédité. Si le testateur avait voulu instituer conjointement Pierre et Paul, il aurait eu soin de le dire, il n'avait qu'un nom à ajouter à sa disposition ; ce nom, il le passe sous silence, ce silence équivaut à une révocation. Voilà le conflit entre l'intention du testateur et le droit que nous avons signalé (n° 208). Qui l'emportera? La volonté du testateur, car c'est cette volonté qui fait loi, et le droit n'intervient que pour lui donner exécution. Rien de plus faible que les raisons que l'on allègue à l'appui de l'opinion de Toullier, car les meilleurs jurisconsultes la partagent (1). Il faut, dit-on, interpréter la volonté du testa-

(1) Toullier, t. III, 1, p. 356, n° 646. Merlin, *Répertoire*, au mot *Révocation de legs*, § II, n° II (t. XXX, p. 32). Coin-Delisle, p. 500, article 1036, n° 5. Dalloz, n° 4205.

teur de manière à donner effet aux deux legs. Non, il faut rechercher la volonté du testateur avant tout, et si, dans sa pensée, le second legs révoque le premier, de quel droit donnerait-on effet à un legs que le testateur ne veut pas maintenir?

Les interprètes sont si habitués à raisonner et à décider d'après les principes de leur science, que ceux-là mêmes qui soutiennent que le premier legs universel est révoqué par le second invoquent des motifs de droit, alors que tout dépend de l'intention du testateur. Ils disent qu'il y a incompatibilité entre les deux legs (1): c'est l'unique raison que donne la cour de cassation (2). Non, en droit, il n'y a pas incompatibilité, puisque la définition que l'article 1003 donne du legs universel implique qu'il peut y avoir plusieurs légataires universels. Mais il ne s'agit pas de ce qui peut se faire en vertu de la loi, il faut voir ce que le testateur a voulu (3). Or, il a voulu donner tous ses biens au légataire universel qu'il institue dans son second testament; appeler à la succession le premier, ce ne serait donner au second que la moitié des biens, donc ce serait méconnaître la volonté du testateur (4).

210. Un legs universel peut-il concourir avec un legs à titre universel? En droit, cela ne fait pas question, puisque la loi le dit formellement; aux termes de l'article 1011, les légataires à titre universel sont tenus de demander la délivrance aux légataires universels; les deux legs reçoivent donc simultanément leur exécution. Il n'y a aucune difficulté lorsque le premier testament institue un légataire universel et que le second nomme un légataire à titre universel; les deux legs se concilient parfaitement en droit, l'un étant une délibation de l'autre; et, en fait, on ne peut pas dire que l'intention du testateur ait été de révoquer son premier testament pour le tout; car il ne dispose pas de tous ses biens par le second

(1) Duranton, t. IX, p. 442, n° 446.

(2) Rejet, 1er septembre 1812 (Dalloz, n° 2526); Paris, 18 juillet 1831 (Dalloz, n° 4206, 2°).

(3) Bayle-Mouillard sur Grenier, t. III, p. 56 et suiv. Demolombe, t. XXII, p. 160, n° 173.

(4) Bordeaux, 28 avril 1830 (Dalloz, n° 4206, 3°).

testament; l'institution universelle subsiste donc, mais diminuée par le legs à titre universel (1). Il peut cependant y avoir révocation du legs universel par un legs à titre universel. Le cas s'est présenté devant la cour de Bruxelles. Par un premier testament, le testateur avait institué conjointement deux légataires universels; par un second, il lègue tous ses meubles à l'un de ces légataires; c'était révoquer le legs universel qu'il lui avait fait, car on ne peut pas être tout ensemble légataire universel et légataire des meubles. L'autre legs restait universel, puisqu'il n'était pas dérogé au premier testament en ce qui le concernait, mais de fait il était réduit aux immeubles par suite du concours du légataire des meubles (2).

La question est controversée dans l'hypothèse inverse. Par un premier testament, le testateur fait un legs à titre universel; puis il institue un légataire universel. A notre avis, l'intention du testateur n'est pas douteuse, il a changé de volonté; il voulait d'abord disposer seulement d'une quotité de ses biens; il lègue ensuite tous ses biens, non à celui qu'il avait gratifié dans son premier testament, mais à un nouveau légataire; puisqu'il donne tout à celui-ci, il enlève au premier ce qu'il lui avait donné; donc il y a révocation. La cour de Nîmes a décidé le contraire, et la plupart des auteurs approuvent sa décision. Dans l'espèce, la testatrice, après avoir légué le sixième de ses biens, avait fait une institution universelle au profit d'un nouveau légataire. Le legs du sixième, dit l'arrêt, est compatible avec le legs de tous les biens; loin d'être contraires, les deux dispositions sont réunies par la loi même, qui soumet le légataire d'une quote-part des biens à demander la délivrance au légataire universel (3). C'est le point de vue légal. Est-ce aussi le point de vue de la testatrice? connaissait-elle l'article 1013 et la théorie de la délivrance? Duranton combat longuement la décision de la cour de Nîmes; il suffisait de dire que la cour a négligé

(1) Bayle-Mouillard sur Grenier, t. III, p. 57 et suiv.
(2) Bruxelles, 3 mai 1854 (*Pasicrisie*, 1855, 2, 289).
(3) Nîmes, 7 février 1809 (Dalloz, n° 4203). Comparez Dalloz, n° 4208, et les auteurs qu'il cite.

l'intention de la testatrice pour ne voir que ce que la loi permet; il s'agit de savoir ce que la testatrice a voulu, et cette volonté n'est pas douteuse (1).

211. Il a été jugé, en termes généraux, que les legs à titre particulier faits dans un premier testament ne sont pas révoqués par un legs universel fait dans un second testament. Les raisons données par la cour de Riom sont toutes empruntées au droit, et cependant il s'agissait d'un testament fait par une femme! Il n'y a pas incompatibilité, dit la cour, entre les deux legs, puisque l'article 1009 les admet simultanément, en disposant que le légataire universel sera tenu d'acquitter les legs particuliers. Eh! qui le conteste? Si les deux legs sont faits par un seul et même testament, cela va sans dire. Mais si les deux legs se trouvent dans deux testaments différents, il naît une question de volonté, et cette question-là n'est certes pas décidée par l'article 1009. La cour de Riom ajoute que le legs particulier portant sur un objet certain doit être préféré à un legs universel, dont les effets sont éventuels ou généraux, et qui par sa nature comprend la masse indéterminée des biens restés libres au moment de la disposition. C'est dire, en d'autres termes, que les legs particuliers sont une délibation du legs universel. En droit, encore une fois, cela est incontestable; mais il ne s'agit pas de droit, il s'agit de la volonté du disposant. Or, le testateur qui institue un légataire universel entend lui donner tous ses biens, donc ceux-là mêmes dont il avait disposé dans un premier testament (2).

La jurisprudence est dans le sens de l'arrêt de Nîmes. D'ordinaire les legs particuliers accompagnent le legs universel, dont ils sont un délibation. Quand le testateur institue un autre légataire universel, en reproduisant les legs à titre particulier avec des modifications, on demande si les legs faits dans les deux testaments doivent être exécutés simultanément. Nous avons d'avance répondu à la question (n° 208) : c'est une question de légiste. Une

(1) Duranton, t. IX, p. 443, n° 447. Comparez Bayle-Mouillard sur Grenier, t. III, p. 58. Demolombe, t. XXII, p. 163, n° 177.
(2) Riom, 8 novembre 1830, et Rejet, 4 avril 1832 (Dalloz, n° 4213).

idée pareille ne viendrait pas même à un testateur qui n'est pas initié à notre science. Une distribution complète de biens remplacée par une autre distribution de biens également complète implique un changement complet de volonté; cela paraît si évident aux testateurs que le plus souvent ils ne songent pas à inscrire une clause révocatoire dans l'acte qui contient l'expression de leurs dernières volontés. Qu'importe que les legs soient ou non identiques? La cour de Grenoble insiste sur ce point (1), à tort, nous semble-t-il; n'est-il pas de l'essence de la volonté humaine d'être ambulatoire? Ce n'est pas, après tout, la nature des choses léguées qui est décisive; ce qui décide la question de volonté, c'est que le testateur ne se contente pas de déroger à son testament antérieur, il le refait, et il le refait en entier, donc il révoque ce qu'il avait fait.

Nous n'entendons pas dire que les legs particuliers soient toujours révoqués par un legs universel. C'est une question de volonté, et par cela seul la décision ne saurait être absolue, elle varie d'après la volonté, et nous venons de rappeler le mot si juste des jurisconsultes romains, que la volonté de l'homme est ambulatoire et changeante. Si les circonstances de la cause font connaître cette volonté et que le testateur veuille maintenir les legs particuliers qu'il a faits, le devoir du juge sera d'exécuter ses volontés (2). La cour de Montpellier a jugé, et avec raison, nous semble-t-il, qu'un legs rémunératoire n'était pas révoqué par un legs universel. Il s'agissait d'un legs fait à des domestiques pour de longs et fidèles services; c'est presque une dette, et on ne peut pas admettre que celui qui a reconnu cette dette d'honneur entende la nier ensuite (3).

212. Un point sur lequel nous devons insister, parce que les meilleurs esprits s'y trompent, c'est que la question de révocation tacite n'a rien de commun avec les principes que le code établit sur les divers legs; c'est uni-

(1) Grenoble, 22 juin 1827 (Dalloz, n° 4213).
(2) Paris, 1er mars 1822, et Rejet, 6 janvier 1824 (Dalloz, n° 4215, 2°).
(3) Montpellier, 18 janvier 1847, et Rejet, 19 juillet 1847 (Dalloz, 1847, 1, 308).

quement une question d'intention. Pour s'en convaincre, on n'a qu'à lire les arguments juridiques que MM. Aubry et Rau font valoir dans le débat qui nous occupe (1).

Il n'existe pas, disent-ils, d'incompatibilité absolue entre de précédents legs à titre particulier et un legs universel fait dans un testament postérieur. Cela est évident, puisque la loi le dit. Mais ce qui n'est rien moins qu'évident, c'est la conséquence que l'on en tire. Après avoir fait des legs particuliers, ou un legs à titre universel, le testateur institue un légataire universel dans un second testament. Cette institution révoque-t-elle les dispositions antérieures? La question est de savoir pourquoi, dans quel but, le testateur nomme un légataire universel? S'il veut maintenir les legs précédents, pourquoi ne se borne-t-il pas à léguer les biens dont il n'a pas disposé, au lieu de faire une institution d'héritier qui semble comprendre tous ses biens, sans excepter ceux qu'il avait précédemment donnés? Écoutez la réponse de nos deux jurisconsultes : « On *peut supposer* qu'il en a agi ainsi, non dans l'intention de révoquer les legs contenus dans le premier testament, mais pour assurer au légataire universel institué dans le second *le bénéfice éventuel du droit d'accroissement* de ceux des legs qui deviendraient caducs, bénéfice qui sans cela eût appartenu aux héritiers *ab intestat*. » Si l'on adressait cette question aux testatrices dont les testaments ont donné lieu à des procès, si on leur demandait : « Est-ce pour assurer à votre légataire le bénéfice éventuel du droit d'accroissement que vous l'avez institué légataire universel, » que répondraient-elles? « Nous ne comprenons pas, diraient-elles, ce que vous voulez dire; comment voulez-vous que nous ayons l'intention d'assurer le bénéfice du droit d'accroissement à notre légataire, alors que nous ne savons pas ce que c'est que le droit d'accroissement? Notre intention est bien simple; nous avons voulu donner tous nos biens à un parent ou allié de prédilection, voilà pourquoi nous l'instituons héritier, et en lui donnant tous nos biens, il est entendu qu'il les

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 189, note 17, § 725.

ait tous, sauf ceux que, par le testament même qui l'institue, nous le chargeons de distribuer à des légataires particuliers. Quant aux legs précédents qui, dites-vous, pourraient devenir caducs, encore une fois nous ne comprenons pas. Il n'y a plus de legs anciens, puisque nous disposons de tous nos biens par un testament qui est l'expression de nos volontés dernières. Tout ce que nous savons en fait de droit, c'est qu'il nous est libre de changer de volonté; eh bien, notre volonté est changée, elle est écrite dans notre dernier testament. Pourquoi voulez-vous exhumer une volonté qui n'est plus la nôtre, puisque nous l'avons remplacée par une volonté nouvelle? »

Que l'on compare la réponse du bon sens à la réponse du droit et que l'on dise laquelle est l'expression de la pensée du testateur. Les éditeurs de Zachariæ semblent avoir prévu l'objection; ils lui donnent une couleur juridique et ils y répondent juridiquement : « Vainement objecte-t-on que le legs universel, embrassant tous et chacun des biens du testateur, porte exactement sur les mêmes objets que les legs particuliers ou à titre universel faits dans les testaments antérieurs et en entraîne par cela même la révocation. » Voilà l'objection. Voici la réponse de MM. Aubry et Rau : « Le legs universel a pour objet, non point les *biens* du testateur envisagés individuellement et en eux-mêmes, mais son *patrimoine*, c'est-à-dire une universalité de biens distincte des choses particulières dont elle se compose. On ne peut donc pas dire que le legs universel porte sur les mêmes objets que les legs particuliers antérieurs. » L'argumentation est excellente, mais pour qu'elle ait un sens, il faut la mettre dans la bouche d'un jurisconsulte. Peut-on supposer qu'une femme sache la différence qui existe entre ses *biens* et son *patrimoine?* Quand elle lègue tous ses biens, elle entend que le légataire prenne tous les biens qu'elle laissera à son décès. Interpréter les testaments comme s'ils étaient écrits par Dumoulin ou Pothier, c'est aboutir à des conséquences que le bon sens ne saurait accepter. Et le droit ferait bien de ne pas trop heurter le bon sens.

Encore une supposition juridique : que le lecteur nous

pardonne ces longs développements, il s'agit d'un point essentiel. « Le legs universel, dit-on, emporte, par sa nature même, l'obligation d'acquitter les legs particuliers ou à titre universel. On doit donc *présumer* qu'en instituant dans un second testament un légataire universel, le testateur a entendu le charger d'acquitter les legs particuliers ou à titre universel contenus dans le premier testament, plutôt que d'admettre qu'il ait voulu, par l'institution d'un légataire universel, révoquer ces derniers legs. » Les testateurs réclameront, et à bon droit, contre cette présomption; ils diront : « Il n'y a pas lieu de présumer quelle est ma volonté, je l'ai écrite aussi clairement que possible dans mon nouveau testament. Je veux donner tous mes biens à mon mari, à ma femme, à ma nièce, et j'entends qu'ils les recueillent sans autres charges que celles que je leur impose dans l'acte même par lequel je les institue. Que vient-on ressusciter des charges que j'avais imposées à mon premier légataire? La preuve que je ne veux pas les imposer à mon second légataire, c'est que je ne les reproduis pas. » Nous demandons encore une fois que l'on mette la réponse du bon sens en face de celle du droit et que l'on décide laquelle est en harmonie avec les intentions du testateur.

213. Un premier testament institue un légataire universel; par un second testament, le testateur fait des legs particuliers. Y a-t-il révocation du legs universel? Si les legs particuliers sont faits au profit de nouveaux légataires, il n'y a pas de doute; le legs universel subsiste; les nouveaux legs sont une délibation du legs universel; les deux testaments recevront simultanément leur exécution (1). Vainement dirait-on que, dans notre opinion, il faudrait décider que le premier testament est révoqué, puisque le testateur dispose de ses biens sans rappeler le legs universel qu'il avait fait. La réponse est simple et péremptoire : il n'est pas exact de dire que le testateur dispose de ses biens, il ne dispose que d'une partie de ses biens, et ceux qu'il lègue dans le second testament, il

(1) Rejet, 13 février 1816; Riom, 23 août 1817 (Dalloz, n° 4216, 1° et 2°).

les enlève naturellement au légataire universel; mais on ne peut pas dire qu'il lui enlève les biens qu'il lui a donnés et dont il ne dispose plus. Inutile d'insister, puisque tout le monde est d'accord.

Autre est la question de savoir si un legs universel est révoqué par un legs particulier fait au légataire universel. Un arrêt dit, dans un considérant, que le legs d'une rente fait dans un testament subséquent à la même personne qui, par un testament antérieur, avait été instituée légataire universelle, emporte révocation de la première disposition. La raison en est que le testateur qui lègue une portion déterminée de sa fortune, déclare par cela même qu'il n'entend plus donner au légataire l'excédant. Il y a changement de volonté, donc révocation. La cour d'Angers s'est cependant prononcée pour la révocation, parce que, dans l'espèce, la volonté de maintenir le legs universel résultait des circonstances de la cause (1).

214. Les legs particuliers donnent lieu à de nombreuses difficultés; on doit les décider par les mêmes principes. Quand le testateur lègue la même chose au même légataire dans un second testament, mais avec une diminution, il y a révocation à raison de l'incompatibilité des deux dispositions. C'est le premier exemple de révocation tacite que donne Pothier. « La révocation tacite se présume, dit-il, lorsque le testateur, par un testament postérieur, lègue à quelqu'un une partie de ce qu'il lui avait légué par un précédent; il est censé avoir tacitement révoqué le legs pour le surplus. Suivant ce principe, si un testateur, après avoir légué à son débiteur la remise de tout ce qu'il lui doit, déclarait, par un second testament, qu'il lui fait remise de tous les intérêts qu'il lui devra au jour de sa mort, il est censé avoir révoqué le legs de la remise du principal (2). » Telle est aussi la doctrine des auteurs modernes (3); elle est si évidente, que l'on ne con-

(1) Angers, 21 mars 1821 (Dalloz, n° 4216, 3°). Comparez Bayle-Mouillard sur Grenier, t. III, p. 59.

(2) Pothier, *Des donations testamentaires*, n° 302.

(3) Toullier, t. III, p. 641, n° 305 et tous les auteurs. Comparez Aix, 8 juillet 1838, et Rejet, 30 mars 1841 (Dalloz, n° 4202, 5°).

çoit pas qu'il y ait des arrêts contraires. Cependant il a été jugé que le legs de onze domaines, situés dans onze communes différentes, n'est pas révoqué par un testament postérieur contenant, au profit des mêmes légataires, donation de sept seulement des domaines précités. La cour de cassation, qui a confirmé cette étrange décision, dit qu'en droit français un legs étant une fois légalement fait ne peut plus être anéanti que par une révocation expresse (1). Cette décision est plus étrange encore, puisqu'elle est contredite par la disposition formelle de l'article 1036. Il y a un arrêt de la cour de Rennes dans le même sens (2). Nous croyons inutile de critiquer ces décisions; elles se réfutent d'elles-mêmes.

213. Le testateur lègue à une même personne deux choses différentes dans deux testaments : y a-t-il révocation tacite? On décide généralement que non, parce que les deux dispositions se concilient parfaitement : le testateur a voulu faire deux libéralités, dit-on. Sans doute, il n'y a pas d'incompatibilité juridique; mais reste à savoir si l'intention du testateur a été de maintenir la première libéralité, ou s'il a changé de volonté. Ce que l'on dit en faveur du légataire n'est rien moins que décisif. « Le légataire a deux titres également réguliers (3). » Est-ce que le légataire n'a pas toujours deux titres réguliers, lorsqu'il réclame simultanément deux legs faits dans deux testaments différents? Il n'y aurait donc jamais de révocation tacite, et il faudrait dire, avec la cour de cassation, qu'en droit français la révocation doit être expresse; que devient alors l'article 1036?

Toullier est d'avis contraire; il dit qu'il y a contrariété entre les deux legs, en ce sens que l'on présume que le testateur a voulu que le second remplaçât le premier (4). Nous n'aimons pas le mot de *présumer*, mais il nous semble que l'interprétation que Toullier donne à la volonté du testateur est la plus probable : le testateur qui

(1) Rejet, 19 décembre 1821 (Dalloz, n° 4224, 1°).
(2) Rennes, 8 mai 1833 (Dalloz, n° 4224, 2°).
(3) Demolombe, t. XXII, p. 178, n° 197, et la plupart des auteurs.
(4) Toullier, t. III, 1, p. 355, n° 643.

voudrait maintenir le premier legs s'en expliquerait. Il va sans dire que si l'intention contraire résulte des circonstances de la cause, il faut, avant tout, s'en tenir à la volonté du testateur.

216. Lorsque le testateur lègue à Paul la chose qu'il avait léguée à Pierre, on présumera facilement, dit Pothier, que le testateur a révoqué le premier legs. Mais il veut qu'il y ait des circonstances qui prouvent que telle est la volonté du testateur; à défaut de circonstances, Pothier admet que les deux légataires concourent. Il est vrai qu'il n'y a pas d'incompatibilité entre les deux dispositions. Mais Pothier, comme tous les jurisconsultes, ne se préoccupe-t-il pas trop du droit? Qu'importe que les deux legs puissent coexister! il faut voir si telle est l'intention du testateur. Nous avons d'avance répondu à la question. La plupart des auteurs modernes se prononcent contre la révocation (1).

217. Les legs de sommes d'argent faits à la même personne dans divers testaments doivent-ils s'exécuter simultanément, ou l'un des legs est-il révoqué par l'autre? Cette question est très-controversée; la doctrine est divisée ainsi que la jurisprudence. Il faut, avant tout, prendre en considération les circonstances particulières de la cause; sur ce point, tout le monde est d'accord (2). Mais que doit-on décider si rien ne fait connaître l'intention du testateur? Nous avons d'avance dit notre opinion; si, en faisant un second testament, le testateur ne manifeste pas l'intention de maintenir les dispositions du premier, on doit admettre qu'il a voulu les révoquer; c'est la réponse que ferait tout homme qui ne serait pas initié à la science du droit; c'est la réponse que devraient faire les jurisconsultes, en oubliant momentanément leur science, qui ne sert qu'à les égarer (3).

La cour de Grenoble dit très-bien que l'article 1036

(1) Pothier, *Des donations testamentaires*, n° 302, 2°. Dalloz, n° 4232, et les auteurs en sens divers qu'il cite.

(2) Rejet, 22 juin 1831 (Dalloz, n° 4202, 2°); 8 juillet 1835 (Dalloz, n° 4202, 4°).

(3) Voyez, en sens contraire, Aubry et Rau, et les autorités qu'ils citent, t. VI, p. 188, note 16, § 725.

n'ayant tracé aucune règle qui puisse faire connaître la contrariété ou l'incompatibilité, le législateur s'en est rapporté nécessairement à la sagesse des juges, pour qui la volonté du testateur doit être le régulateur suprême. Dans l'espèce, il y avait trois testaments : par le premier, le testateur donnait à un légataire une somme de 4,000 francs payables une année après son décès ; par le second, il donnait au même légataire 6,000 francs payables dans un an. Le troisième testament fait différents legs profit au des domestiques ; le testateur y déclare qu'il entend que les précédents testaments qu'il peut avoir faits reçoivent leur exécution. Comment un jurisconsulte aurait-il raisonné en présence de ces trois actes? Il aurait dit : Le testateur a maintenu expressément tous ses testaments ; donc ils doivent s'exécuter simultanément ; or, le second legs de 6,000 francs n'est certes pas incompatible avec le premier de 4,000 ; donc le légataire a droit à 10,000 fr. On doit le décider ainsi d'autant plus que le testateur était un ancien avoué, donc un homme de loi. Tel n'a pas été l'avis du tribunal de Grenoble ; il lui paraît, au contraire, évident que le legs de 6,000 francs révoque le legs antérieur de 4,000 francs, par cela seul que le testateur n'a pas déclaré qu'outre les 4,000 francs il en donnait encore 6,000 ; il entendait augmenter sa libéralité, mais il ne voulait pas cumuler les deux legs. A l'appui de cette interprétation, le tribunal invoque diverses circonstances de la cause : les deux testaments étaient conçus dans les mêmes termes, faits dans l'espace d'un an, alors que la position de fortune du testateur n'avait pas notablement changé ; il n'y avait donc aucune raison de porter à 10,000 francs une libéralité fixée d'abord à 4,000 francs. La décision du tribunal fut confirmée par la cour d'appel (1).

Il y a des arrêts en sens contraire. L'un, de la cour de Grenoble, fondé sur les circonstances de la cause ; contre de pareilles décisions il n'y a rien à dire, le meilleur juge des faits, c'est le tribunal qui décide (2). Un autre arrêt de

(1) Grenoble, 18 mai 1831 (Dalloz, n° 4230, 1°).
(2) Grenoble, 14 juin 1810 (Dalloz, n° 4181).

la cour de Bordeaux dit qu'il est de *règle* que les legs de quantités homogènes ne sont pas considérés comme incompatibles ni contraires; cette *règle*-là, nous ne la connaissons pas; le législateur s'est bien gardé d'établir un principe absolu là où tout dépend de l'appréciation de la volonté du testateur; si les auteurs ou les tribunaux suivent une règle pareille, ils ont tort. Rien n'est plus varié que la volonté des hommes, on ne peut donc pas la soumettre à une loi invariable (1). La cour de La Haye a porté une décision analogue, en maintenant deux rentes au profit du même légataire, l'une de 6,000 florins, l'autre de 3,000, données à un légataire jusqu'à sa majorité. Dire, comme le fait la cour, que les deux legs sont conciliables, c'est ne rien dire; la plupart des legs sont conciliables, à moins qu'il n'y ait une impossibilité matérielle de les maintenir simultanément. Dans l'espèce, il y avait un motif particulier de ne maintenir que la dernière rente, celle de 6,000 florins; elle était en rapport avec le capital légué au même légataire à sa majorité, la somme de 120,000 florins; l'intention du testateur était donc que jusqu'à sa majorité le légataire eût les intérêts du capital qu'il devait toucher devenu majeur (2).

218. La disposition de l'article 1037 est-elle applicable à la révocation tacite? Aux termes de cet article, « la révocation faite dans un testament postérieur a tout son effet, quoique cet acte reste sans exécution par l'incapacité de l'héritier institué ou du légataire, ou par leur refus de recueillir. » Cette disposition est générale, elle s'applique à toute révocation, donc à la révocation tacite aussi bien qu'à la révocation expresse dont il est traité dans les articles 1035 et 1036. La raison de décider est d'ailleurs identique; la révocation est un seul et même fait juridique, qu'elle se manifeste par des paroles ou par des faits; donc les règles qui la régissent doivent être les mêmes. Cela ne fait aucun doute (3).

(1) Bordeaux, 26 janvier 1842 (Dalloz, n° 4239, 1°).
(2) La Haye, 3 octobre 1827 (*Pasicrisie*, 1827, p. 283).
(3) Aubry et Rau, t. VI, p. 191 et note 22. Duranton. t. IX, p. 421, n° 436. Demolombe, t. XXII, p. 183, n°s 204 et 205. Liége, 14 mai 1873 (*Pasicrisie*, 1873, 2, 263).

II. *De la révocation par la disposition de la chose léguée.*

1. PRINCIPE.

219. L'article 1038 porte : « Toute aliénation, celle même par vente avec faculté de rachat ou par échange, que fera le testateur de tout ou de partie de la chose léguée, emportera la révocation du legs pour tout ce qui a été aliéné, encore que l'aliénation postérieure soit nulle et que l'objet soit rentré dans la main du testateur. » C'est une révocation tacite. Le legs n'a d'effet qu'à la mort du testateur; si, de son vivant, il aliène la chose léguée, il cesse d'en être propriétaire, il ne peut donc plus en disposer à sa mort; c'est dire qu'il a changé de volonté, puisque, par son fait, il s'est mis dans l'impossibilité d'exécuter sa volonté première.

220. L'article 1038 établit-il une simple présomption de révocation fondée sur l'intention probable du testateur? On l'enseigne ainsi; mais nous doutons que le mot *présumer*, dont les éditeurs de Zachariæ se servent, rende bien leur pensée. Si la révocation était seulement présumée, toute preuve contraire serait admise; or, cela est contraire au texte et à l'esprit de la loi. Le texte ne contient aucun mot qui marque une présomption; il est conçu dans des termes impératifs : « Toute aliénation *emportera* la révocation. » Tel est aussi l'esprit de la loi. Dans l'ancien droit, l'aliénation n'était considérée comme une révocation tacite que si elle manifestait l'intention de révoquer le legs; le légataire était donc toujours admis à prouver que le testateur n'avait pas voulu révoquer le legs en aliénant la chose léguée. Ce principe était très-juridique et plus rationnel que la règle absolue consacrée par le code. Comme nous l'avons dit et répété, toute révocation implique la volonté de révoquer; quand il y a un fait, tel que l'aliénation de la chose léguée, d'où l'on induit l'intention de révoquer le legs, la volonté de révoquer peut exister, elle peut aussi ne pas exister. Il fallait donc laisser aux parties intéressées le droit de prouver quelle était l'intention du testateur et, par suite, permettre au

juge de décider d'après les circonstances de la cause. Tel était l'ancien droit, très-logique, mais donnant lieu à des contestations et à des procès. Les auteurs du code ont voulu prévenir toutes les difficultés en les tranchant par une règle absolue.

Est-ce à dire que le testateur, en aliénant, ne puisse pas déclarer que son intention est de maintenir le legs ? On admet que le testateur peut stipuler que l'acheteur payera tout ou partie de son prix entre les mains de son héritier testamentaire. C'est, dit-on, la confirmation du legs au moment même où, en vertu de la loi, il serait révoqué. Il est toujours permis aux particuliers de déroger aux lois qui ne sont pas d'ordre public. Mais ces dérogations doivent être expresses. De là suit que l'on ne peut pas admettre toute espèce de preuve pour établir que le testateur n'avait pas l'intention de révoquer; ce serait rentrer dans les incertitudes de l'ancien droit, auxquelles le législateur a voulu mettre un terme. Il faut une déclaration expresse de la volonté du testateur (1). Il a été jugé que la déclaration devait être faite au moment même où le testateur aliène. En effet, s'il aliène sans maintenir le legs, il est révoqué en vertu de l'article 1038, et le testateur ne peut pas revenir sur un fait consommé. Il ne lui reste, si son intention est de maintenir sa libéralité, qu'à faire un nouveau testament (2).

La jurisprudence nous laisse un doute. Un legs peut-il être confirmé par le testateur de son vivant? Le legs se changerait en convention et deviendrait irrévocable. N'est-ce pas là un pacte sur une succession future? C'est notre avis. Le testateur peut sans doute, quand il aliène, déclarer que son intention est de maintenir le legs. Mais cette déclaration, comme tout ce qui concerne les dispositions de dernière volonté, doit se faire par testament (3).

221. Du principe que la loi prononce la révocation en cas d'aliénation de la chose léguée, sans admettre la preuve

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 192, note 28. Comparez Demolombe, t. XXII, p. 293, nos 210-213.
(2) Rejet, 9 mars 1836 (Dalloz, n° 4240).
(3) Voyez le tome XIII de mes *Principes*, p. 514-515, nos 459-460.

contraire, faut-il conclure qu'il y a révocation alors même que le testateur n'a manifesté aucune volonté? On l'a soutenu en enseignant que le legs est révoqué lorsque la chose léguée est saisie par les créanciers, ou expropriée pour cause d'utilité publique. Cela nous paraît inadmissible. Ce que le législateur a voulu empêcher, c'est le débat sur une volonté plus ou moins douteuse, mais du moins faut-il une volonté quelconque de révoquer; on ne conçoit pas de révocation sans intention. Ce serait dire que le législateur révoque malgré le testateur, et cela serait absurde. On oppose les termes absolus de l'article 1038 : « *Toute* aliénation emportera la révocation du legs. » Mais la loi ajoute « toute aliénation *que fera le testateur*. » Or, peut-on dire que l'expropriation forcée est une aliénation que le testateur fait? Elle se fait contre lui, et quoique ce soit sa chose que l'on vend, on ne peut pas dire que c'est le testateur qui la vend.

On a essayé de justifier la révocation en cas d'expropriation par le principe en vertu duquel le legs de la chose d'autrui est nul. C'est confondre deux ordres d'idées tout à fait différents. Sans doute, quand la chose léguée aura été expropriée, le légataire ne peut réclamer ni la chose ni le prix, puisque la chose n'existe plus dans le domaine du testateur à sa mort et que le prix ne lui a pas été légué. Mais si le testateur recouvrait la chose et qu'elle se trouve dans sa succession, le legs vaudrait, puisqu'il n'a jamais été révoqué (1).

222. Que faut-il décider si la chose léguée a été aliénée par le tuteur du testateur interdit? L'article 1038 n'est pas applicable, car on ne peut pas dire que le testateur ait révoqué le legs en aliénant la chose léguée; c'est le tuteur qui a aliéné en son nom; or, là où il n'y a pas de volonté d'aliéner, il ne peut y avoir de volonté de révoquer. Est-ce à dire que le légataire puisse réclamer la valeur de la chose léguée? La cour de cassation a très-bien jugé que le droit du légataire est éteint, comme il le

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 193, et notes 32 et 33 du § 725. Demolombe, t. XXII, p. 212, n° 238, et les auteurs en sens divers qu'ils citent.

serait par la perte de la chose. Il est vrai que la chose existe encore, mais elle ne se trouve plus dans le patrimoine du testateur, donc l'héritier est dans l'impossibilité d'en faire la délivrance. Dans l'espèce, le prix était encore dû, et on prétendait que le légataire y avait droit. Ce serait une subrogation ; or, il ne peut y avoir de subrogation, en matière de legs, que par la volonté du testateur ; et le testateur interdit, étranger à la vente, incapable de la consentir, ne peut pas manifester de volonté concernant la chose léguée, il ne peut pas plus subroger que vendre. On se prévalait encore de l'article 1303 qui oblige le débiteur d'un corps certain de céder au créancier les droits qu'il a du chef de la chose qui a péri; mais il suffit de lire le texte pour se convaincre que l'on en faisait une fausse interprétation. Il s'agit d'un créancier dans l'article 1304; tandis que, dans le cas d'un legs, il n'y a point de créancier du vivant du testateur, et il ne saurait y en avoir après sa mort, puisque à ce moment le legs est éteint (1).

223. L'article 1038 dit que *toute* aliénation de la chose léguée emportera révocation du legs. La loi ne distingue pas en faveur de qui l'aliénation est faite. Il faut en conclure que le legs serait révoqué si la chose léguée était vendue au légataire. La cour de cassation nie cette conséquence ; elle dit que l'article 1038 est évidemment fondé sur la présomption légale d'un changement de volonté de la part du testateur ; mais que cette présomption cesse de plein droit lorsque l'aliénation est faite au profit de la personne même du légataire (2). Dans l'espèce, il s'agissait d'une donation déguisée sous forme d'une vente ; la

(1) Rejet, chambre civile, 19 août 1862 (Dalloz, 1862, 1, 321). Les opinions des auteurs sont partagées. Duranton dit que l'aliénation faite par le tuteur opère révocation (t. IX, p. 459, n° 460) ; de même, Coin-Delisle, p. 504, n° 3 de l'article 1038. Poujol dit que le legs n'est pas révoqué et que le légataire a droit à une indemnité (t. II, p. 316, n° 5 de l'article 1038). D'après Troplong (t. II, p. 232, n° 2096), le legs n'est ni révoqué ni caduc ; il en donne de très-mauvaises raisons, puis il permet au légataire de former opposition à la vente du vivant du testateur ! Nous citons ces opinions singulières pour montrer combien il y a d'incertitude sur les principes parmi les auteurs.

(2) Cassation, 6 juin 1814 (Dalloz, n° 4253).

question devait donc être décidée, non d'après les principes qui régissent la vente, mais d'après les principes qui régissent la donation ; nous y reviendrons. Quant à l'aliénation à titre onéreux, nous ne voyons pas sur quoi la cour de cassation se fonde pour décider qu'elle ne révoque pas le legs; ce serait une exception à la règle générale de l'article 1038, et une exception peut-elle exister sans texte?

224. Quand l'aliénation a pour objet une partie de la chose léguée, il y a révocation du legs pour tout ce qui a été aliéné; c'est la décision de l'article 1038. On demande s'il faut considérer comme aliénation partielle la constitution d'un droit réel. S'il s'agit d'une hypothèque, il n'y a aucun doute; le légataire recevra la chose grevée de l'hypothèque, et s'il doit payer la dette, sur la poursuite du créancier hypothécaire, il aura son recours contre le débiteur. L'hypothèque altère donc le legs en ce sens que le légataire, au lieu de la chose léguée, doit se contenter d'une somme d'argent lorsqu'il est exproprié. Si le testateur grève la chose léguée d'un usufruit ou d'une servitude, il n'y a pas de révocation, dit-on; seulement le légataire devra souffrir l'exercice du droit réel; ce qui diminuera l'importance du legs, mais ne le révoque pas(1). En réalité, la diminution est une révocation partielle. Sans la constitution de l'usufruit, le légataire aurait joui de la chose; le testateur lui enlève cette jouissance pendant toute la durée de l'usufruit, il lui enlève donc une partie de la chose léguée, puisque, au lieu d'une propriété complète, il n'a qu'une nue propriété. De même il n'aura qu'une propriété démembrée si la chose léguée est grevée de servitude; or, le démembrement implique une aliénation partielle de la chose.

225. L'aliénation faite sous condition suspensive emporte-t-elle révocation du legs? On suppose que la condition fait défaut, car si elle se réalise, elle rétroagit et, par suite, il y aura aliénation dès le jour du contrat. Mais si

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 193 et note 31, § 725. Demolombe, t. XXII, p. 208, nos 232 et 233.

elle ne s'accomplit pas, il n'y a jamais eu de contrat, ni par conséquent d'aliénation; donc le texte de l'article 1038 n'est pas applicable. On objecte que l'aliénation conditionnelle est une aliénation; peu importe si la condition se réalise ou non, il y a toujours eu intention de vendre, et c'est cette intention, dit-on, qui emporte la révocation du legs. L'objection ne tient aucun compte des principes qui régissent la condition, et par suite elle dépasse l'article 1038. Le contrat conditionnel n'emporte pas aliénation, le vendeur reste propriétaire, donc on ne peut pas dire qu'il a l'intention de révoquer en aliénant. L'intention de révoquer est une chose définitive, un changement de volonté; or, dans un contrat conditionnel, la volonté aussi est conditionnelle, elle existe ou elle n'existe pas, suivant que la condition s'accomplit ou fait défaut (1).

Il en est autrement de la vente faite sous condition résolutoire; c'est une aliénation pure et simple, il y a transport de la propriété. Il est vrai que l'aliénation peut être résolue, et l'on aurait pu se prévaloir de cette éventualité pour soutenir que le vendeur n'a pas l'intention définitive d'aliéner. Mais la loi n'a pas voulu ces débats sur l'intention, elle tranche la question contre le légataire dans le cas qui lui est le plus favorable. Quand le vendeur aliène avec faculté de rachat, il manifeste l'intention de résoudre la vente; on pourrait donc dire qu'il n'aliène pas définitivement. L'article 1038 décide néanmoins qu'il y a révocation. A plus forte raison en est-il de même des autres conditions résolutoires (2).

226. L'article 1038 décide encore qu'il y a révocation, quoique l'aliénation postérieure soit nulle. Cependant il est de principe que l'acte nul ne produit aucun effet, il est considéré comme n'ayant jamais existé. Si néanmoins le législateur décide qu'il y a révocation, c'est qu'il s'en tient à l'intention du vendeur; il avait la volonté de transférer

(1) Rejet, 15 mai 1860 (Dalloz, 1860, 1, 277). Comparez, en sens divers, les auteurs cités par Aubry et Rau, t. VI, p. 192, note 30; Dalloz, n° 4249, et Demolombe, t. XXII, p. 197, n° 218.

(2) C'est l'opinion générale (Aubry et Rau, t. VI, p. 192; Demolombe, t. XXII, p. 196, n° 217, et les auteurs qu'ils citent).

définitivement, irrévocablement, la propriété de la chose léguée à l'acheteur, donc il a eu la volonté de révoquer, partant il doit y avoir révocation. La loi est conçue en termes généraux et absolus; elle s'applique à tous les cas où il y a nullité, sans distinguer les nullités de fond des nullités de forme (1). Elle est donc applicable même à la nullité qui procède d'un vice de consentement. Ici la loi est en contradiction avec son propre principe. Elle suppose que le testateur, en aliénant, a eu l'intention de révoquer; or, peut-on dire de celui dont le consentement est vicié par l'erreur, la violence ou le dol, qu'il a la volonté de révoquer le legs? Un consentement vicié, et annulé à raison de ce vice, n'est plus un consentement. En théorie, cela est vrai; nous croyons que la loi aurait dû admettre une exception, mais le texte n'en comporte aucune; le consentement, quoique vicié, existe; il y a donc un contrat, une aliénation; et dès qu'il y a aliénation, il y a révocation, sans que l'on puisse discuter l'intention du testateur qui vend; peu importe qu'ensuite la vente soit annulée; l'article 1038 rejette cette exception d'une manière formelle (2).

Quant à la nullité fondée sur un vice de forme, on soutient qu'il faut faire exception, malgré la généralité de notre article : on ne doit pas avoir égard à l'aliénation, dit M. Troplong, lorsque l'acte n'est pas revêtu des formes probantes. Si donc la révocation était contenue dans un acte notarié, nul sous le rapport des solennités extérieures, elle ne pourrait pas opérer (3). Il y a, dans tout ce que Troplong écrit sur cette question, une confusion complète d'idées. Il s'agit d'une aliénation faite par vente ou échange, donc d'un contrat à titre onéreux; or, dans ces contrats, la forme ne sert que de preuve; qu'importe que l'acte notarié qui constate une vente soit nul? La vente n'en existe pas moins, il y a donc aliénation et partant révocation. Il en serait de même, et pour la même raison,

(1) Rejet, 16 avril 1845 (Dalloz, 1845, 1, 293).
(2) Comparez Demolombe, t. XXII, p. 193, nos 221-225.
(3) Troplong, t. II, p. 231, no 2092. Comparez Demolombe, t. XXII, p. 203, no 226.

si l'écrit sous seing privé qui constate la vente était nul; c'est une question de preuve qui n'a rien de commun avec la validité de l'aliénation. Nous supposons naturellement que l'aliénation est établie par un mode légal de preuve; il va de soi que si le fait de l'aliénation est contesté, il doit être prouvé, et que si l'on ne parvient pas à le prouver, on ne peut pas dire qu'il y ait aliénation, ni, par suite, révocation.

Autre est la question de savoir si le vice de forme dans un contrat solennel empêcherait la révocation. Nous y reviendrons. La question doit être posée en termes plus généraux : est-ce qu'un contrat inexistant emporte révocation du legs? La négative nous paraît évidente, si l'on admet les principes que nous avons développés plus d'une fois en ce qui concerne les actes inexistants. Un contrat non existant, c'est le néant : comment le néant produirait-il un effet quelconque? La difficulté ne peut guère se présenter que pour l'absence de consentement. Prenons le cas le plus favorable à la révocation : le testateur veut vendre, l'autre partie entend louer, il n'y a ni vente ni louage : y aura-t-il révocation? La question n'a pas de sens. S'il n'y a pas de contrat de vente, il n'y a pas d'aliénation, donc pas de révocation. Vainement dirait-on que le testateur a voulu aliéner; ce n'est pas à la volonté d'aliéner, c'est à l'aliénation que la loi attache la révocation du legs. A notre avis, ce principe doit s'appliquer à la donation nulle en la forme, comme nous le dirons plus loin.

227. L'article 1038 dit à la fin que l'aliénation emporte révocation, encore qu'elle soit nulle et que l'objet soit rentré dans la main du testateur. Il y rentre comme conséquence de l'action en nullité, l'aliénation nulle étant censée n'avoir pas existé. A plus forte raison, la révocation subsiste si l'aliénation est valable et si ensuite le testateur acquiert la chose léguée à un titre quelconque. Il se peut que le testateur, en rachetant la chose aliénée, veuille maintenir le legs. Si telle est son intention, il faut qu'il fasse une nouvelle disposition testamentaire, la première étant révoquée et par conséquent anéantie. Il en

est de même dans tous les cas où la loi prononce la révocation par suite de l'aliénation de la chose léguée. L'intention du testateur peut ne pas être celle que la loi lui suppose : il vend avec faculté de rachat, il exerce le rachat dans l'intention de maintenir le legs, néanmoins le legs sera révoqué; le testateur devra faire un nouveau legs, si son intention est de gratifier le légataire.

228. L'article 1038, quelque généraux que soient ses termes, ne s'applique qu'aux legs de choses certaines et déterminées. Cela résulte du texte et de l'esprit de la loi. Le texte dit : aliénation de la *chose léguée;* or, quand la chose léguée est indéterminée, on ne peut pas dire que le testateur, en aliénant même tous ses biens, aliène la chose léguée, car la chose indéterminée qu'il a donnée peut ne pas se trouver dans son patrimoine, ce qui n'empêche pas le legs d'être valable et, par conséquent, de valoir, malgré l'aliénation que le testateur ferait de ses biens.

Il suit de là que l'article 1038 ne s'applique pas aux legs universel et à titre universel. Ces legs ne portent pas sur des choses déterminées, ils ont pour objet une universalité juridique qui reste la même, en droit, quoique le testateur diminue son patrimoine par des aliénations. Les choses aliénées ne se trouvent plus dans sa succession, il va sans dire que le légataire ne peut pas les réclamer; mais aussi le légataire y aurait droit si les choses aliénées rentraient, par une cause quelconque, dans le patrimoine du testateur (1).

Il a été jugé, par application de ce principe, que les légataires universels ou à titre universel avaient droit, non-seulement aux choses léguées qui rentraient dans le domaine du testateur, mais aussi aux actions en nullité ou en rescision qui appartenaient au défunt; en effet, celui qui a une action est censé avoir la chose elle-même (2).

229. Il y a un cas dans lequel l'application du prin-

(1) Aubry et Rau, t. VII, p. 194 et note 35; Demolombe, t. XXII, p. 209, nos 234, 235; Dalloz, n° 4250. Rejet, 3 juin 1829 (Dalloz, n° 4250, 1°). Montpellier, 20 avril 1842 (Dalloz, au mot *Adoption*, n° 202). Orléans, 28 décembre 1843 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1131).
(2) Caen, 25 juin 1845 (Dalloz, 1846, 2, 141).



cipe est douteuse. Après avoir institué un légataire universel, le testateur vend tous ses biens à charge de rente viagère. On demande si le legs est révoqué. La cour de cassation a jugé qu'il n'y avait pas de révocation (1). Cela est certain en droit, c'est-à-dire que le legs universel ne porte pas sur les biens qui appartiennent au testateur au moment où il dispose; il comprend les biens qu'il laissera à son décès. Peu importe donc que le testateur fasse des aliénations et qu'il aliène même tous ses biens présents; s'il reste quelque chose dans sa succession, le légataire y aura droit. Mais à côté de la question de droit, n'y a-t-il pas une question d'intention? Le testateur qui, après avoir légué tous ses biens, vend tous ses biens, ne manifeste-t-il pas par là la volonté de révoquer le legs? Telle est certes le plus souvent l'intention du testateur. Reste à savoir si les tribunaux en peuvent tenir compte. La question n'est pas prévue par la loi, l'article 1038 étant inapplicable. Il n'y aurait donc pas révocation en vertu de la loi; mais rien n'empêcherait les tribunaux d'admettre qu'il y a révocation en vertu de l'intention du testateur. En décidant qu'il y a révocation tacite dans les cas qu'elle prévoit, la loi n'entend pas décider qu'il n'y a point d'autres cas de révocation tacite.

Les mêmes principes seraient applicables si le testateur, après avoir fait un legs universel ou à titre universel, vendait ses biens en tout ou en partie au légataire, par exemple à charge de rente viagère. En effet, la circonstance que l'acheteur est légataire ne change rien à la question de droit. Il ne s'agit pas d'un legs de choses certaines et déterminées (n° 223); le légataire est appelé aux biens que le testateur laissera à son décès; s'il en dispose de son vivant, ces actes de disposition laissent subsister le droit du légataire. Il en pourra résulter, de fait, une diminution du legs, mais ce changement n'altère en rien le droit du légataire universel; celui-ci conserve toujours le droit éventuel que lui donne son institution sur tous les biens que le testateur laissera à son décès.

(1) Rejet, 1er décembre 1851 (Dalloz, 1851, 1, 327).

La jurisprudence de la cour de cassation est constante en ce sens (1); mais n'est-elle pas trop absolue? A côté de la question de droit, n'y a-t-il pas une question d'intention? C'est notre avis; la révocation des testaments est essentiellement une question de volonté. Il se peut donc que celui qui, après avoir légué tous ses biens à une personne, les lui vend ensuite, veuille révoquer le legs. Vainement dit-on que le testateur ne vend pas ce qu'il a légué. En droit, cela est certain, mais au point de vue de l'intention du disposant, cela n'est rien moins que certain; qu'est-ce que la plupart des testateurs et des rédacteurs mêmes des testaments connaissent du droit? Il faudrait donc, dans chaque espèce, prendre en considération, non-seulement les principes de droit, mais aussi et surtout la volonté du testateur. C'est ce qu'a fait la cour de Montpellier; après avoir décidé qu'en droit la vente des biens laissait subsister le legs, elle a ajouté que l'intention évidente du testateur, dans l'espèce, était de maintenir le legs (2).

2. APPLICATION DU PRINCIPE.

230. L'article 1038 dit que toute aliénation, même celle faite par échange, emporte la révocation du legs. Dans l'ancien droit, on décidait le contraire (3). Il y avait, en effet, un motif de douter : l'intention du testateur ne pouvait-elle pas être de maintenir le legs en donnant au légataire un droit sur la chose reçue en échange? Le code ne veut pas de débat sur l'intention que le testateur a eue en aliénant; il s'attache uniquement au fait de l'aliénation. Bien entendu que l'article 1038 ne s'applique qu'au legs d'une chose déterminée. Si le testateur, après avoir légué tous ses biens, échange un de ses biens, il va sans dire que le légataire universel ou à titre universel y a droit, puisque le legs porte sur les biens que le testateur laissera à son décès.

(1) Cassation, 9 mai 1808; 17 mai 1824; Rejet, 15 février 1827 (Dalloz, n° 4250, 8° et 5°). Comparez Angers, 19 avril 1820 (Dalloz, n° 4250, 4°).
(2) Montpellier, 7 novembre 1850 (Dalloz, 1851, 2, 185).
(3) Merlin, *Répertoire*, au mot *Révocation de legs*, § II, n° II, 4° (t. XXX, p. 35).

231. L'article 1038 s'applique-t-il à la donation? La donation de biens présents est une aliénation, la plus irrévocable de toutes les aliénations, puisque l'irrévocabilité est de l'essence des donations entre-vifs. Donc la donation de la chose léguée à une autre personne que le légataire emporte révocation du legs. Cela ne fait aucun doute. La révocation subsisterait alors même que la donation serait révoquée pour cause d'inexécution des charges, pour ingratitude, ou pour survenance d'enfant. C'est encore l'application du principe consacré implicitement par l'article 1038 : la condition résolutoire n'empêche pas la révocation (n° 225). De même, si la donation était nulle, le legs n'en resterait pas moins révoqué. Mais que faut-il décider si la donation est non existante? La donation est un contrat solennel, donc la solennité est une condition de l'existence même du contrat; nulle en la forme, la donation n'a aucun effet; le code lui-même consacre ce principe (art. 1339). Si la donation n'a aucun effet, peut-elle avoir la force de révoquer le legs? La question est controversée. Nous n'y voyons aucun doute, si l'on admet la théorie des actes inexistants. L'article 1038 dit bien que l'aliénation nulle révoque le legs, mais l'aliénation par une donation viciée en la forme est plus que nulle, elle est inexistante. C'est dire qu'il n'y a pas d'aliénation, pas de volonté d'aliéner, donc pas de volonté de révoquer (1).

Faut-il appliquer cette doctrine au cas où la donation n'est pas acceptée par le donataire? C'est surtout cette question qui est controversée, elle divise les auteurs ainsi que les tribunaux. La solution dépend de l'opinion que l'on admet sur l'acceptation. Est-ce une solennité requise pour l'existence du contrat? ou est-ce une condition prescrite seulement pour la validité de la donation? Nous avons enseigné que l'acceptation est de l'essence de la donation. La conséquence logique est que sans acceptation la donation n'existe point aux yeux de la loi, partant il n'y a pas de volonté de donner, donc pas de volonté de

(1) Zachariæ, édition de Massé et Vergé, t. III, p. 298, note 16. Comparez Troplong, n° 2092.

révoquer. On objecte que l'article 1038 attache la révocation, non à la validité, ni même à l'existence de l'aliénation considérée comme translative de propriété, mais à l'intention de révoquer, manifestée par l'acte d'aliénation. Cela n'est pas exact. Le texte exige une *aliénation*; donc lorsqu'il n'y a pas d'aliénation, il ne saurait être question de révocation; et quand la donation est nulle en la forme, il n'y a pas d'aliénation. L'esprit de la loi ne dit pas autre chose; il s'agit d'une révocation tacite, donc d'un fait qui implique la volonté de révoquer. Quel est ce fait? C'est l'aliénation, non pas le projet d'aliéner, l'offre de donner, mais l'aliénation, donc la donation parfaite par l'acceptation.

Zachariæ, d'ordinaire si logique, nous paraît très-inconséquent dans ce débat; il applique aux vices de forme la théorie des actes non existants, il ne l'applique pas à l'acceptation qui, dans les donations, est aussi une condition de forme. Les savants éditeurs de Zachariæ mettent sur la même ligne le vice de forme et le défaut d'acceptation et comprennent l'un et l'autre sous l'expression d'aliénation nulle dont se sert l'article 1038; ils ne tiennent aucun compte de la doctrine, qu'ils admettent cependant, des actes inexistants; ils s'attachent à l'intention d'aliéner qui existe, selon eux, malgré les vices de forme ou le défaut d'acceptation (1). C'est précisément là la question. Dans les contrats solennels, le consentement n'existe point quand il n'est pas légalement exprimé. M. Demolombe est encore plus confus. Il ne voit dans les vices de forme qu'une question de preuve: lorsqu'il n'existe aucune preuve légale de la volonté, dit-il, il ne saurait y avoir révocation (2). C'est confondre le fait juridique avec la preuve, il peut très-bien y avoir une aliénation et par conséquent volonté d'aliéner quand même l'écrit est nul; à défaut d'autres preuves, les parties n'ont-elles pas tou-

(1) Zachariæ, traduction de Massé et Vergé, t. III, p. 298, note 16, et Aubry et Rau, t. VI, p. 192, note 29, § 725.
(2) Demolombe, t. XXII, p. 203, n°s 225, 226. C'est l'opinion assez généralement suivie. Voyez les autorités dans Dalloz, n° 4269, et *Recueil périodique*, 1859, 2, 119 note).

jours le serment? Dans les contrats solennels, au contraire, tels que la donation, le consentement même fait défaut quand la donation est nulle en la forme; et peut-il y avoir intention d'aliéner et de révoquer là où il n'y a point de consentement?

232. La distinction des actes nuls et non existants a de la peine à pénétrer dans la jurisprudence. Cela explique les contradictions que l'on y rencontre. Tantôt les arrêts tiennent compte de l'inexistence des actes, tantôt ils semblent l'oublier. La cour de cassation s'en tient au texte de l'article 1038, lequel parle des aliénations nulles en général et repousse, par conséquent, toute distinction entre les causes de nullité (1). Sans doute, il ne faut pas distinguer, et toute aliénation, quoique nulle et quelle que soit la cause de nullité, emporte révocation. Mais n'y a-t-il pas, à côté de la nullité, des causes qui rendent l'acte inexistant? Il est difficile de le nier pour la donation, puisque l'article 1339 dit bien clairement que la donation nulle en la forme est inexistante; et ce qui n'existe pas aux yeux de la loi peut-il produire un effet quelconque? L'article 1131 répond que non.

La cour de Bordeaux a jugé que les donations non acceptées emportent révocation; l'arrêt a peu de valeur, il se borne à citer l'article 1038 et ne paraît pas admettre la distinction entre les actes inexistants et les actes nuls; pour mieux dire, la cour n'en parle pas (2). Un arrêt de la cour de Paris s'est prononcé pour l'opinion contraire, mais sans consacrer formellement l'opinion que nous avons soutenue. L'arrêt dit qu'il résulte de l'article 932 qu'une donation non acceptée est un acte incomplet (3). Ce n'est pas assez dire; s'il y avait un acte, fût-il incomplet, on pourrait l'invoquer comme manifestant l'intention de révoquer la donation, ce qui suffit. Il faut dire qu'il n'y a aucun acte; une donation inexistante, c'est le néant, et le néant peut-il impliquer une volonté quelconque?

233. Nous avons supposé jusqu'ici une donation faite

(1) Rejet, 16 avril 1845 (Dalloz, 1845, 1, 293).
(2) Bordeaux, 3 août 1858 (Dalloz, 1859, 2, 119).
(3) Paris, 11 décembre 1847 (Dalloz, 1848, 2, 129).

à un tiers. Il arrive assez souvent qu'après avoir fait un legs au profit d'une personne, le testateur donne ensuite au légataire tout ou partie de la chose léguée. Y aura-t-il révocation du legs? La cour de cassation a très-bien jugé qu'il ne saurait y avoir révocation sans changement de volonté; or, le testateur qui donne au légataire ce qu'il lui a légué, loin de vouloir révoquer sa libéralité, veut la rendre irrévocable; il n'anéantit pas le legs, il le confirme (1). Il résulte de là que si la donation est nulle, le legs produira néanmoins son effet à la mort du testateur. La cour de cassation l'a jugé ainsi dans une affaire très-intéressante. Au moment du testament, la légataire était capable de recevoir, tandis qu'elle était incapable lors de la donation. En effet, à cette dernière époque, elle contractait mariage avec un médecin qui traita le donateur dans la maladie dont il mourut; il importait donc de savoir si l'institution contractuelle faite par contrat de mariage à la légataire révoquait le legs universel que le disposant avait fait en sa faveur; la cour de Bourges décida que la donation avait confirmé le legs, au lieu de le révoquer; si la donation ne pouvait valoir, le legs restait valable, puisque, lors du testament, la légataire n'était qu'une enfant de douze ans et son futur époux étudiait la médecine à Paris (2).

Il se peut néanmoins que la donation révoque le legs. Cela arrivera dans tous les cas où la donation prouvera que le disposant a changé de volonté. Ainsi la donation est faite au légataire, mais sous d'autres charges et conditions que le legs; la cour de cassation a jugé qu'il y avait révocation. Dans l'espèce, il n'y avait aucun doute, car le disposant avait expressément révoqué ses dispositions antérieures (3). Il en serait de même si la donation ne portait que sur l'usufruit de la chose léguée en toute pro-

(1) Cassation, 6 juin 1814 (Dalloz, n° 4253); Bruxelles, 9 juillet 1811 (Dalloz, n° 4254). Duranton, t. IX, p 460, n° 461, et tous les auteurs (Aubry et Rau, t. VI, p. 193 et suiv., et note 34; Demolombe, t. XXII, p. 199, n° 220).

(2) Bourges, 7 janvier 1835, et Rejet, 10 novembre 1836 (Dalloz, n° 492, 2°).

(3) Cassation, 25 avril 1825 (Dalloz, n° 4260). Comparez Lyon, 28 juin 1856 Dalloz, 1857, 2, 69).

priété, la même personne ne pouvant être tout ensemble propriétaire et usufruitier de la même chose (1).

234. On demande si deux libéralités faites, la première par testament, la seconde par donation, peuvent coexister et être exécutées l'une et l'autre. L'affirmative n'est pas douteuse; rien n'empêche que le donateur ne fasse à la personne qu'il veut gratifier une libéralité révocable et une libéralité irrévocable; si telle est l'intention du disposant, les deux libéralités recevront leur exécution. Mais le disposant peut aussi avoir l'intention de réaliser de son vivant une libéralité que dans le principe il ne voulait faire qu'à sa mort. C'est donc une question d'intention. La cour de cassation a jugé que l'intention du donateur pouvait être recherchée dans le but que le donateur a eu, d'abord en léguant, puis en donnant à la même personne, ainsi que dans les faits et circonstances de la cause. Ainsi le testateur fait des legs à des enfants mineurs, legs qui doivent leur être payés à leur majorité ou à leur mariage. Plus tard, le testateur intervient dans le contrat de mariage et dote lui-même ses nièces qui étaient ses légataires; pour trois d'entre elles, la dot était identique au legs; pour la quatrième, il y avait une différence de 40,000 francs entre la donation et le legs. La cour de Paris jugea que l'intention de l'oncle avait été de remplacer les legs faits à ses nièces par les dots qu'il leur constitua. En effet, la cause des deux libéralités était la même, l'établissement des neveux et nièces; c'était donc une seule et même libéralité que l'oncle entendait faire, d'abord sous forme de legs, parce qu'il ne pensait pas survivre à l'établissement de ses légataires; ensuite ayant survécu, il voulut lui-même réaliser ses bienfaits. Toutes les circonstances de l'affaire confirmaient cette intention. Il n'y avait qu'un doute : la nièce, légataire de 100,000 et dotée de 60,000 francs, avait-elle droit à la différence? La question fut décidée en faveur de la légataire. C'est encore une question d'intention; dans l'espèce, elle n'était guère douteuse, le disposant ayant manifesté par tous

(1) Besançon, 19 mai 1819 (Dalloz, n° 4267).

ses actes la volonté d'établir l'égalité entre ses neveux et nièces de chaque branche (1).

Il y a un arrêt de la cour de Limoges qui paraît être en contradiction avec la décision que nous venons d'analyser; mais, en réalité, les deux arrêts sont fondés sur l'intention des parties intéressées. Un abbé fait en 1833 un testament par lequel il lègue une somme de 2,000 fr. à une parente, sans même la qualifier de telle. A cette époque, il disposait de sa fortune, qui était considérable, au profit de l'Eglise. La fortune va en augmentant : la légataire se marie, il lui donne en mariage une somme de 2,000 francs. L'identité de la somme pouvait faire croire à l'identité de cause, et par suite à l'intention de remplacer la première libéralité par la seconde, mais les circonstances prouvaient, dit la cour, que l'abbé, ne voulant plus laisser ses biens à l'Eglise, entendait augmenter la libéralité qu'il avait faite au profit de sa parente (2).

235. L'application des principes que nous venons de poser soulève de nombreuses difficultés, à en juger par la jurisprudence. Nous ferons, en matière de donations, l'observation que nous avons faite pour la révocation des legs en général; il nous semble que les tribunaux se préoccupent trop de la question de droit et pas assez de l'intention du disposant. Un abbé, après avoir légué tous ses biens à une fille, donne par donation entre-vifs tous ses biens à un séminaire, à charge d'une rente viagère au profit de la légataire. Y a-t-il révocation du legs universel par la donation postérieure? Il est certain qu'il n'y a pas d'incompatibilité : le legs comprend les biens que le testateur laissera à son décès; la donation comprend les biens présents. Mais l'intention du donateur n'était-elle pas de révoquer le legs? N'est-ce pas parce que, dans sa pensée, le legs était révoqué qu'il donne une pension à la légataire? Telle fut la décision du premier juge; la cour de Paris l'infirma et décida que le legs n'était pas révo-

(1) Paris, 11 avril 1851, et Rejet, 27 avril 1852 (Dalloz, 1852, 1, 121). Comparez Rouen, 3 décembre 1846 et 31 mars 1835 (Dalloz, 1847, 2, 163-165).

(2) Limoges, 12 juin 1852 (Dalloz, 1853, 2, 229).

qué. Sur le pourvoi, il intervint un arrêt de rejet fondé sur ce que le juge du fait avait un pouvoir souverain d'appréciation (1).

Une testatrice dispose, par des legs à titre universel, de tous ses biens. Plus tard, elle fait donation entre-vifs de tous ses biens au profit des mêmes légataires, sous la même charge. Y a-t-il révocation du legs? C'est le même conflit entre le droit et l'intention du testateur. En droit, le legs universel n'est pas incompatible avec une donation de biens présents. Mais en fait? La testatrice qui donne tous ses biens songe-t-elle à maintenir le legs par lequel elle avait disposé de tous ses biens? Sait-elle, comme les cours le supposent, la différence entre un legs universel et une donation universelle de biens présents? Il a été jugé qu'il n'y avait pas révocation (2).

236. Il y a une différence, en ce qui concerne la révocation, entre un legs postérieur et une donation postérieure. Si le second legs fait à la même personne comprend moins que le premier, on y verra facilement une incompatibilité, malgré la faveur que les tribunaux accordent, en général, au maintien du premier legs. Il n'en est pas ainsi d'une donation postérieure. Elle diffère du legs en un point très-important, c'est qu'elle est irrévocable. Les deux libéralités sont donc d'une nature différente; par suite on ne peut pas dire que le disposant donne ce qu'il a déjà légué; il peut faire tout ensemble un don irrévocable et maintenir le legs révocable qu'il a fait antérieurement, sauf à le modifier, à sa volonté, avant de mourir. C'est ce qu'a très-bien jugé la cour de Bordeaux. Cela ne veut pas dire que la donation ne révoque jamais le legs antérieur; la révocation reste une question d'intention, en cas de donation aussi bien qu'en cas de legs. Peut-on rechercher cette intention dans des circonstances extrinsèques, par exemple dans la correspondance du donateur? La cour de Bordeaux a cru qu'il était plus sage de s'en tenir aux actes qui expriment directement les der-

(1) Rejet, 15 novembre 1841 (Dalloz, n° 4264).
(2) Rejet, 27 mars 1855 (Dalloz, 1855, 1, 257).

nières volontés du disposant (1). Nous avons examiné la question de droit plus haut (n°s 156-163). Quand les actes n'offrent aucune lumière et qu'il est si difficile de constater l'intention véritable du défunt, pourquoi n'aurait-on pas recours à des lettres qui la font connaître? C'est encore un de ces scrupules de légiste qui, à force de vouloir sauvegarder la volonté du disposant, la compromettent.

Il a été jugé, par application de ces principes, que le legs en toute propriété de l'universalité des biens est révoqué par la donation de l'usufruit seulement de tous les biens meubles qui composeront la succession de l'époux donateur. La cour a soin de constater qu'aucune circonstance sérieuse ne se présentait dans la cause d'où l'on pût induire une volonté contraire (2).

237. Le legs est-il révoqué par l'institution contractuelle que le testateur fait de tout ou partie des biens qu'il laissera à son décès? Si l'institution porte sur les mêmes biens que le legs, on applique les principes que nous venons d'exposer sur la donation. En effet, l'institution est irrévocable, aussi bien que la donation entre-vifs, en ce qui concerne le droit de disposer à titre gratuit des objets qui y sont compris. Le donateur ne peut plus disposer par testament des biens qui font l'objet de l'institution contractuelle. Or, le testament fait avant l'institution n'a d'effet qu'à la mort du testateur, il est donc caduc, puisque le testateur ne peut plus léguer ce qu'il a déjà donné (3). Il n'y a d'exception que pour les dons modiques que l'article 1083 permet à l'instituant de faire à titre de récompense ou autrement; ces dons sont maintenus par application du même principe qui révoque les autres libéralités à cause de mort; toutes sont censées faites à la mort du testateur; or, à ce moment, il pouvait faire des legs modiques, tandis qu'il ne pouvait plus disposer des biens qu'il a donnés par contrat de mariage; donc les

(1) Bordeaux, 27 avril 1855 (Dalloz, 1856, 2, 116). Comparez Dijon, 8 décembre 1869 (Dalloz, 1870, 2, 151).
(2) Angers, 4 décembre 1868 (Dalloz, 1869, 2, 89).
(3) Duranton, t. IX, p. 449, n° 449, et tous les auteurs. La jurisprudence est dans le même sens. Rejet, 16 novembre 1816 (Dalloz, n° 4219), et les arrêts cités dans les notes suivantes.

legs modiques subsistent, tandis que les autres legs deviennent caducs (1).

L'institution contractuelle devient caduque si l'institué prédécède au donateur : elle est faite sous condition de survie. Il faut donc appliquer ce que nous avons dit des dispositions conditionnelles faites par le testateur : la disposition étant conditionnelle, la révocation aussi est conditionnelle. De là suit que si l'institution devient caduque par le prédécès du donataire, il n'y a pas de révocation(2). Il en serait autrement si l'institution était nulle; il faut appliquer alors par analogie ce que l'article 1038 dit des aliénations nulles; elles n'emportent pas moins révocation; or, l'institution contractuelle est une aliénation, c'est l'institution d'un héritier par contrat; elle est irrévocable, en ce sens elle implique la volonté d'aliéner, d'après la doctrine consacrée par l'article 1038 (3).

III. *De la révocation par la destruction du testament.*

238. Le code ne parle pas de la révocation du testament qui résulte de ce que le testateur l'a anéanti, en le déchirant, en le détruisant, en le biffant ou raturant. On l'admettait dans l'ancien droit, et une disposition législative était inutile pour consacrer ce mode de révocation; il résulte implicitement de la définition du testament; c'est un acte solennel qui n'existe que lorsqu'il y a un écrit dressé dans les formes voulues par la loi (art. 893); s'il n'y a plus d'acte, il n'y a plus de testament.

On demande si la destruction quelconque de l'acte opère une véritable révocation du testament, ou si c'est une annulation. Domat dit que si le testateur déchire l'original de son testament, ou s'il y raye ou barre les seings, ou met autrement le testament en tel état par des ratures ou effaçures qu'il paraisse que son intention ait été de

(1) Rejet, 19 juillet 1847 (Dalloz, 1847, 1, 308). Paris, 13 mai 1815 (Dalloz, n° 4235).

(2) Caen, 25 novembre 1847 (Dalloz, 1848, 2, 129). Rennes, 28 mars 1860 (Dalloz, 1861, 5, 431).

(3) Pau, 26 février 1868 (Dalloz, 1868, 2, 132).

l'*anéantir*, il demeurera *nul* (1). Conformément à ces principes, la cour de Liége a jugé qu'un testament qui n'existe pas ne peut être révoqué (2). Il est certain qu'il y a une différence entre la destruction d'un testament et la révocation proprement dite; quand le testament est révoqué, l'acte subsiste, tandis que l'acte n'existe plus lorsque le testateur l'a détruit. Néanmoins cette destruction implique un changement de volonté, et nous allons voir qu'il importe de maintenir le principe. L'acte qui est détruit a eu une existence plus ou moins longue, il y a donc eu un testament; le testateur avait disposé de ses biens, il a changé de volonté en détruisant l'acte qui en contenait l'expression; donc il y a révocation.

239. Quand y a-t-il destruction du testament? C'est une question de fait. Il faut ajouter que la destruction doit impliquer la volonté de révoquer. Le fait matériel de la déchirure ou de la rature ne suffit pas; si le testateur avait détruit le testament par accident, par imprudence, il n'y aurait pas de révocation; le testament, bien que déchiré, resterait valable. A plus forte raison, le testament subsisterait-il si un tiers l'avait détruit sans en avoir reçu l'ordre du testateur.

La jurisprudence, qui n'est pas favorable à la révocation, a consacré ce principe dans des cas où la destruction matérielle était certaine, mais n'était pas complète; or, pour qu'il y ait révocation par destruction de l'acte, il faut qu'il n'y ait plus d'acte. Il a été jugé que la lacération d'un testament, la rature de tout ou partie des dispositions qu'il contient, n'emportera révocation que lorsqu'il n'y a aucun doute sur l'intention du testateur de révoquer son testament. Le principe nous paraît incontestable; la loi ne définit pas la destruction, elle n'établit aucune présomption de révocation; on reste donc sous l'empire des principes généraux. Dans l'espèce, il y avait deux traits au crayon passés sur une disposition que l'on prétendait annulée ou révoquée par suite de cette rature.

(1) Domat, *Des lois civiles*, livre III, tit. I, §§ 4 et 21.
(2) Liége, 26 février 1838 (*Pasicrisie*, 1838, 2, 58).

La cour décida que ce n'était pas une destruction de l'acte, pas même partielle. Le testateur commençait par dire qu'il instituait pour ses *seuls* et *uniques* héritiers un tel et ses deux fils; il donnait le motif de cette institution, c'était la reconnaissance qu'il devait à la famille. Puis il ajoutait : « Auquel je donne les biens *mobiliers et* immobiliers qui composeront ma succession. » Enfin il chargeait ses héritiers testamentaires de faire exécuter les dispositions qu'il avait faites au profit de légataires particuliers. Il se trouva un trait au crayon à travers les mots *mobiliers et;* on en voulait conclure que la disposition quant aux biens mobiliers était annulée. Cela eût été certain si réellement le testateur avait raturé les deux mots d'où résultait la disposition; mais le trait placé en travers du mot *mobiliers* ne barrait pas la totalité de ce mot, il ne dépassait pas l'*i* de la dernière syllabe, et le second trait n'était pas placé sur la conjonction *et*, mais en avant et presque en dessous; en outre, ce trait était si peu marqué, qu'à peine l'apercevait-on à première vue. La cour en inféra que ces traits au crayon étaient dépourvus de la force, de l'énergie, de l'autorité, en un mot, des caractères d'une véritable rature pouvant équivaloir à une révocation expresse et n'impliquaient pas un changement de volonté de la part du testateur. Ce dernier point était essentiel; l'arrêt prouve que l'annulation de la disposition du mobilier aurait détruit toute l'économie de l'acte; en effet, si on l'avait admise, les biens mobiliers auraient été dévolus *ab intestat* à deux proches parents du testateur, que celui-ci voulait positivement exhéréder, puisqu'il ne les nommait pas même dans son testament. C'eût donc été admettre une révocation contre la volonté du disposant, ce qui implique contradiction (1).

Dans une espèce qui s'est présentée devant la cour de Nancy, le testament était lacéré sur un tiers de la feuille de papier qui le contenait et la lacération traversait la signature du testateur; de plus, le testament avait été trouvé parmi les papiers de rebut. Néanmoins il fut main-

(1) Metz, 15 mars 1853 (Dalloz, 1853, 2, 21).

tenu. La lacération, dit la cour, pouvait être accidentelle; il eût fallu prouver qu'elle était le résultat de la volonté du testateur et de son intention de détruire l'acte. Quant au fait que le testament était confondu parmi les papiers de rebut, il ne constituait qu'une simple présomption, insuffisante pour faire prononcer la révocation (1). Il nous semble que la lacération jointe au fait de la mise au rebut prouvait suffisamment l'intention de révoquer le testament : est-ce qu'un testateur qui veut maintenir son testament le déchire et le met parmi les papiers de rebut?

Il reste une difficulté de preuve. Le légataire produit un testament lacéré. Est-ce lui qui doit prouver que la lacération est accidentelle et n'emporte pas révocation? La cour de Liége a jugé l'affirmative et avec raison. C'est au demandeur à prouver le fondement de sa demande; or, ce n'est pas prouver l'existence du legs que de produire un testament lacéré, la lacération pouvant être une révocation ou un fait accidentel, il y a doute sur l'existence de l'acte; or, le doute exclut la preuve (2).

240. Ces principes reçoivent-ils leur application au testament authentique? Ce testament est reçu en minute, c'est donc la minute que le testateur devrait détruire; la destruction de l'expédition, fût-ce la grosse, serait inopérante, puisqu'elle laisserait subsister l'original, lequel est le vrai testament. Or, la minute n'est pas au pouvoir du testateur, le notaire la doit conserver, il lui est défendu de s'en dessaisir. L'article 22 de la loi du 25 ventôse an XI est formel : « Les notaires ne pourront se dessaisir d'aucune minute, si ce n'est dans les cas exceptés par la loi et en vertu d'un jugement. » Et il n'y a pas de loi qui permette aux notaires de remettre au testateur la minute du testament. On a cité l'édit de 1693 en vertu duquel les particuliers pouvaient retirer leurs testaments quand bon leur semblait. Cette disposition était très-logique, mais elle est abrogée par le code civil, et il n'y a pas d'autre loi qui fasse exception à la loi de ventôse. C'est ce qu'a décidé en France un avis du conseil d'Etat du 7 avril 1821.

(1) Nancy, 11 juin 1842 (Dalloz, n° 4283).
(2) Liége, 3 août 1870 (*Pasicrisie*, 1872, 2, 122).

Le conseil d'Etat ajouta que la défense faite par la loi de ventôse ne gêne en aucune manière la liberté des testateurs, puisqu'ils peuvent révoquer leur testament soit par un acte notarié, soit par un testament olographe (1). Toujours est-il que le législateur devrait permettre aux notaires de se dessaisir des testaments; à vrai dire, ce ne sont pas des actes, ce ne sont que des projets d'actes, le testateur pouvant les révoquer d'un instant à l'autre; il n'y a donc aucune raison de les garder en dépôt, malgré le testateur.

241. Le testament mystique peut rester dans les mains du testateur (t. XIII, n° 405); celui-ci est donc libre de le détruire. Suffit-il qu'il rompe le cachet? D'après le code, le cachet est une des formes substantielles du testament mystique (t. XIII, n° 394); donc, sans cachet le testament mystique n'existe plus. Le testament pourrait encore valoir comme olographe s'il est écrit, daté et signé de la main du testateur. Si le sceau était brisé par un tiers sans l'aveu du testateur, le testament ne serait pas détruit, dans le sens légal du mot, puisqu'il n'y aurait aucune intention de le révoquer. Le légataire serait admis à faire preuve de ce fait par témoins et par présomptions, puisque c'est un délit ou un quasi-délit; or, l'article 1348 permet de prouver indéfiniment par témoins les obligations qui naissent d'un délit ou d'un quasi-délit, et quand la preuve testimoniale est admise, les présomptions le sont aussi (art. 1353).

Il y a sur ces questions un arrêt de la cour de cassation dont la décision nous paraît contestable. Un prêtre fait un testament mystique en 1791; il émigre en 1792; en vertu de la loi du 22 fructidor an III, les légataires demandent la délivrance de leur legs et procèdent à l'ouverture du testament. Le prêtre revient en France, il est envoyé en possession de ses biens, les jugements intervenus pendant son émigration étant restés sans exécution; le testateur meurt en 1808. Alors s'élève la question de savoir si le testament mystique pouvait valoir étant ouvert.

(1) Troplong, t. II, p. 238, n° 2114. En sens contraire, Toullier, t. III, 1, p. 363, n° 659.

La cour de Toulouse jugea que le testateur ayant su que son testament avait été ouvert, et ayant gardé le silence, s'était approprié par là le fait de l'ouverture et que, par suite, son testament était révoqué. Cette décision fut cassée. La cour de cassation part du principe que l'ouverture du testament mystique n'emporte annulation que lorsque c'est le testateur qui l'a faite, ou qu'elle a eu lieu par son ordre; c'est seulement dans ce cas que l'on peut dire que le testateur a changé de volonté. Dans l'espèce, l'ouverture s'était faite sans la participation du testateur, donc elle ne pouvait révoquer le testament; le silence gardé par le testateur ne pouvait être considéré comme une révocation (1). Nous croyons aussi que le testament devait être maintenu, mais par d'autres motifs. Le testament avait été ouvert pendant la déportation du testateur, sur la demande des légataires, en présence des héritiers légitimes et en vertu d'une loi. L'ouverture avait donc eu lieu légalement; est-ce qu'une ouverture légale peut porter atteinte à la validité du testament? Or, si le testament était resté valable, le silence du testateur ne pouvait certes pas l'invalider.

242. Le testament olographe est toujours au pouvoir du testateur. S'il est lacéré ou détruit d'une manière quelconque par le disposant, il y a révocation. Cela ne fait pas de doute, mais il peut être douteux si c'est le testateur qui a détruit l'acte. De là des difficultés de preuve que nous avons déjà examinées (2), en ce qui concerne le point de savoir à qui incombe la preuve. Le mode de preuve donne lieu à une nouvelle difficulté. La preuve testimoniale et les présomptions sont-elles admises pour prouver que la lacération a été faite soit par le testateur, soit par un tiers?

La cour de cassation a décidé que le principe établi par l'article 1035 sur la révocation expresse doit être appliqué par analogie à la révocation par destruction du testament, c'est-à-dire que la révocation ne pouvant se faire que par une déclaration expresse de la volonté du testa-

(1) Cassation, 20 mai 1812 (Dalloz, n° 3348).
(2) Voyez le tome XIII de mes *Principes*, p. 199, n° 187.

teur, il fallait aussi que la révocation du testament par destruction fût expresse, en ce sens que la preuve s'en fît par écrit. Il serait impossible, dit la cour, d'admettre, d'une part, que la loi défende de tenir un testament pour révoqué, à moins que ce fait ne fût prouvé par un écrit solennel et, d'autre part, qu'elle permette de le tenir pour supprimé ou annulé alors que ce fait ne serait établi que par des présomptions (1). Il nous semble que la cour confond deux actes d'une nature essentiellement différente. Lorsqu'on prétend qu'un testament est révoqué en vertu de l'article 1035, l'acte qui manifeste la volonté du testateur subsiste dans son intégralité, il doit donc recevoir son effet, à moins que l'on ne prouve que le testateur a changé de volonté, et la loi n'admet d'autre preuve qu'un testament postérieur ou un acte authentique; la révocation est, en ce cas, un acte solennel. La question est tout autre lorsque le légataire invoque un testament lacéré. Il n'y a pas d'acte, donc pas de testament, si c'est le testateur qui a détruit l'acte; tandis que le testament vaudra si c'est un tiers qui l'a détruit. Sur quoi porte donc le débat? Sur un fait matériel, le fait de destruction : Qui a détruit l'acte, est-ce le testateur, est-ce un tiers? La preuve par écrit de ce fait serait le plus souvent impossible; le tiers qui détruit le testament se gardera bien de constater par un acte son délit ou son quasi-délit; le testateur lui-même qui recourt à la destruction pour anéantir son testament n'a aucune raison pour en dresser une preuve écrite. Il y a plus : la révocation proprement dite est un acte solennel (n° 180); on ne serait pas admis à la prouver par les modes ordinaires de preuve, car la forme n'est pas prescrite pour la preuve, elle est prescrite pour l'existence de l'acte. Tandis que la révocation par la destruction de l'acte n'est certes pas un acte solennel, c'est un fait matériel; il s'agit de prouver le fait et, s'il y a lieu, l'intention du testateur. Ici c'est une question de preuve, et par conséquent il faut appliquer le droit commun. Or, il est de principe, comme nous le dirons au titre

(1) Cassation. 5 mai 1824 (Dalloz, n° 4291). Comparez Merlin, *Répertoire*, au mot *Révocation de testament*, § IV, n° I (t. XXX, p. 60)

des *Obligations,* que les faits matériels se prouvent par témoins, donc par présomptions. Cela est décisif (1).

243. Une question analogue se présente quand il y a plusieurs originaux d'un testament olographe. Le testateur en détruit un, il en conserve un autre. Y a-t-il révocation? En principe, non. Il existe un testament régulier, il doit recevoir son exécution, à moins que l'on ne prouve que le testateur l'a révoqué. Comment se fera cette preuve? D'après le droit commun; mais quel est ce droit commun? S'agit-il, comme dans la question que nous venons d'examiner, d'un fait matériel à prouver? Non, le fait matériel de la destruction de l'un des originaux n'est pas contesté; on prétend en induire que le testament est révoqué. Le débat porte donc sur une question de révocation; par conséquent il doit être décidé d'après l'article 1035. C'est dans une espèce pareille qu'a été rendu l'arrêt de la cour de cassation que nous avons cru devoir critiquer (n° 242); la cour a bien jugé en repoussant la preuve par témoins et les présomptions, mais sa décision est mal motivée. Il fallait dire qu'il ne s'agissait pas d'une question de preuve, puisque le fait à prouver ne pouvait s'établir que par un acte solennel; la loi n'admet que deux moyens de révoquer un testament, un acte authentique ou un testament postérieur; donc toute autre preuve est inadmissible. Objectera-t-on que l'article 1035 ne parle que de la révocation expresse et que la révocation par la destruction de l'acte est une révocation tacite? Oui, s'il y avait destruction de l'acte, mais le testament n'est pas détruit, puisqu'on produit un acte régulier; ce n'est donc pas par la destruction de l'acte que l'on peut établir la révocation; partant on rentre sous l'empire du droit commun; or, le droit commun, en fait de révocation de testaments, c'est l'article 1035, la révocation tacite établie par les articles 1036 et 1038 étant hors de cause (2).

244. Il s'est présenté un cas singulier dans lequel la

(1) Liége, 3 août 1870 (*Pasicrisie*, 1872, 2, 122).

(2) Duranton, t. IX, p. 465, n° 468. Demolombe, t. XXIII, p. 225, n° 249, et les auteurs qu'il cite. Voyez, en sens contraire, Toullier, t. III, 1, p. 368, n° 654).

révocation a été admise, bien que des trois originaux que la testatrice avait faits elle n'en eût supprimé que deux. Si elle ne supprima pas le troisième, c'est par suite de manœuvres frauduleuses pratiquées par un prêtre, frère de la légataire. Voici les faits, nous les empruntons textuellement à l'arrêt de la cour de Caen. La testatrice biffa les deux exemplaires qu'elle avait gardés; le troisième était confié à un abbé. Celui-ci déclara à la testatrice qu'il jetterait au feu l'original dont il était dépositaire. La testatrice, dit la cour, a dû croire que le prêtre avait accompli sa promesse, la confiance qu'elle avait en cet homme lui interdisant de demander une autre garantie que sa parole. Il manqua à sa promesse; à la mort de la testatrice, il remit le testament à sa sœur; l'arrêt porte que l'abbé céda aux conseils de ses supérieurs; c'est dire que d'autres que la légataire devaient profiter des biens légués. La fraude était constante; s'il y avait encore un exemplaire du testament, c'est par suite des manœuvres frauduleuses de l'abbé. Quelle devait être l'influence du dol sur la validité du testament? « On ne saurait admettre, dit la cour, sans arriver à des conséquences qui répugnent à l'équité et à la raison, qu'un légataire qui aurait pratiqué des manœuvres coupables pour conserver un testament que le testateur devait croire anéanti, puisse profiter de la fraude. » Il est de principe que la fraude fait exception à toutes les règles; celui qui n'a de titre qu'en vertu d'une fraude ne peut pas s'en prévaloir pour consommer la fraude; ce serait encourager les manœuvres frauduleuses qui trop souvent dépouillent les héritiers légitimes (1). On pourrait objecter que les manœuvres n'ayant pas été pratiquées par la légataire, les héritiers n'avaient pas d'action contre elle. L'arrêt répond à l'objection, en constatant que la légataire était complice de l'abbé.

243. La destruction peut n'être que partielle. Dans ce cas, la révocation aussi est partielle. Il a été jugé que

(1) Caen, 4 juin 1841 (Dalloz, n° 4291, 3°). La décision est approuvée par tous les auteurs (Troplong, n° 2113; Demolombe, t. XXII, p. 227, n° 250).

si le testateur biffe le nom du légataire universel qu'il avait d'abord choisi, le legs tombe, mais les legs particuliers faits dans le même testament subsistent, bien que ces legs soient mis à charge du légataire universel. Dans notre droit moderne, la révocation du legs universel n'entraîne pas la révocation des legs particuliers; ces legs sont une charge de la succession et doivent être acquittées par celui qui la recueille (1). En droit, cela est incontestable; mais la révocation soulève toujours une question d'intention. Il se peut que le testateur qui révoque le legs universel entende révoquer tout le testament; ceux qui recueillent l'hérédité seront-ils admis à prouver que l'intention du défunt était de révoquer tout le testament, bien qu'il n'ait biffé que le nom du légataire universel? Nous le pensons. L'article 1035 n'est pas applicable à l'espèce, car on ne représente pas un testament régulier en la forme, il s'y trouve une altération essentielle, le nom de l'héritier institué a disparu. Quelle est la signification de cette rature? Telle est la question. C'est celle que présente tout fait de destruction; ce fait ne prouve pas par lui-même la volonté de révoquer. Il reste donc toujours à interpréter le fait; cette interprétation doit se faire d'après le droit commun.

IV. *Y a-t-il révocation par survenance d'enfant?*

246. C'est une de ces questions que l'on ne devrait pas discuter, parce qu'elles sont décidées par le texte de la loi. C'est ce que la cour de Nîmes a fort bien prouvé (2). Dans l'ancien droit, la question était controversée. Peu nous importent ces controverses, ce n'est plus que de l'histoire. Ouvrons le code, il détermine les modes de révocation des testaments; il exige une déclaration de volonté, expresse ou tacite. Or, quand la loi prononce la révocation des donations pour cause de survenance d'enfants, il n'y a aucune volonté de révoquer, par l'excellente

(1) Limoges, 12 juin 1852 (Dalloz, 1853, 2, 229).
(2) Nîmes, 17 février 1840 (Dalloz, n° 4314, 2°). Limoges, 8 mars 1843 (Dalloz, n° 4314, 1°).

raison que la loi n'admet pas la révocation des donations par la volonté du donateur. L'article 960 est donc une disposition exceptionnelle et, comme telle, de la plus rigoureuse interprétation. Y avait-il lieu de l'étendre aux testaments? Non, car les testaments sont révocables; lors donc qu'il survient un enfant au testateur, il ne tient qu'à lui de révoquer le legs qu'il a fait; s'il ne le révoque point, c'est qu'il veut le maintenir, et pourquoi le législateur révoquerait-il de plein droit des libéralités que le testateur ne veut pas révoquer? Le texte de la loi prouve que telle n'a pas été l'intention des auteurs du code. Aux termes de l'article 1046, « les mêmes causes qui, suivant l'article 954 et les deux premières dispositions de l'article 955, autorisent la demande en révocation de la donation entre-vifs, sont admises pour la demande en révocation des dispositions testamentaires. » On voit que la loi ne déclare pas applicable aux legs la cause de révocation prévue par l'article 960; cela est décisif (1).

Il y a cependant un cas dans lequel le législateur aurait dû étendre aux testaments la révocation qu'il admet pour les donations quand il survient un enfant au donateur; c'est lorsque le testateur meurt, ignorant que sa femme est enceinte. On peut dire alors qu'il n'aurait pas donné ses biens à des étrangers ou à des collatéraux, s'il avait su qu'il lui surviendrait un enfant. C'était l'opinion de Pothier, et la cour de Douai a consacré cette doctrine (2). Malgré l'appui que lui ont donné quelques auteurs, nous la rejetons sans hésitation aucune. Peut-il y avoir une révocation sans que le testateur ait manifesté la volonté de révoquer? Ce serait une révocation en vertu de la loi, et il n'y a pas de loi qui la prononce. La cour de Limoges dit que le testament est nul pour erreur; Troplong dit que la cause de la libéralité cesse (2) : c'est l'expression d'une seule et même idée, et l'idée est fausse. Il n'y a pas d'erreur, puisque le testateur a voulu gratifier les personnes auxquelles il a légué ses biens; par cela même on ne peut

(1) Douai, 30 janvier 1843 (Dalloz, n° 4314, 3°).

(2) Troplong, t. II, p. 276, n° 2209. En sens contraire, Demolombe, t. XXII, p. 238, n° 364.

pas dire que la cause de la libéralité cesse; il n'y a d'autre cause, en matière de legs, comme en matière de donations, que la volonté de donner; or, il y a eu volonté de donner, donc le legs est valable. Le législateur seul aurait pu le révoquer, et il ne l'a pas fait.

247. On a encore cité l'article 960 pour en induire que l'adoption révoquait les libéralités antérieures. Cela n'a pas de sens. Il s'agit d'une volonté présumée du donateur; il n'aurait pas donné s'il avait prévu qu'il serait père. Qu'est-ce que le sentiment profond de la paternité a de commun avec la fiction de l'adoption? On a invoqué un autre motif de révocation tout aussi peu fondé. L'adoption est une aliénation, a-t-on dit, puisqu'elle assure à l'adopté la succession de l'adoptant, aussi bien que l'institution contractuelle. Oui, mais, dans le cas de l'institution contractuelle, c'est la volonté du donateur qui dispose de ses biens et qui par là révoque les legs antérieurs; tandis qu'en cas d'adoption, c'est la loi qui décide que l'adopté succédera à l'adoptant (1). Nous croyons inutile d'insister.

§ II. *De la révocation par le fait du légataire.*

N° 1. DE LA RÉVOCATION POUR INEXÉCUTION DES CHARGES.

248. Aux termes de l'article 953, la donation entre-vifs peut être révoquée pour cause d'inexécution des conditions sous lesquelles elle a été faite; l'article 954 détermine les effets de la révocation. Cette cause de révocation est aussi admise pour les dispositions testamentaires en vertu de l'article 1046. Nous avons dit, en expliquant les articles 953 et 954, que la révocation des donations pour inexécution des conditions ou charges est l'application aux donations de la condition résolutoire tacite que la loi sous-entend dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfait pas à ses engagements. Puisque la loi met les legs sur la même ligne

(1) Montpellier, 30 1842 août (Dalloz, au mot *Adoption*, n° 202).

que les donations, il faut supposer qu'il intervient entre l'héritier débiteur du legs et le légataire un concours de consentement que la loi assimile à un contrat synallagmatique : l'héritier s'oblige à délivrer la chose et le légataire s'engage à remplir la charge qui est attachée au legs. Si le légataire ne satisfait pas à cet engagement, quels seront les droits de l'héritier? Il faut répondre avec l'article 1184 que la partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté a le choix ou de forcer le légataire à l'exécution de la charge, ou de demander la révocation du legs. Tels sont les principes qui résultent de la combinaison des articles 1184, 953 et 1046.

249. Qu'entend-on par *inexécution des conditions?* Cette expression implique une charge plutôt qu'une condition proprement dite; le légataire est tenu de donner ou de faire quelque chose; cette charge est une obligation qu'il contracte en acceptant le legs; s'il ne la remplit pas, l'héritier débiteur du legs peut l'y contraindre quand l'exécution forcée de la prestation est possible; ou il peut, à son choix, demander la révocation du legs. La jurisprudence étend très-loin la notion de condition ou de charge. Il a été jugé que si le mari fait à sa femme un legs, à raison de sa qualité d'épouse et de l'amitié qui les unit, et si la femme a introduit la désunion dans la famille en demandant et obtenant le divorce, il y a lieu à révocation pour cause d'inexécution des conditions (1). A vrai dire, il n'y avait pas de charge, dans l'espèce, puisqu'il n'y avait aucune prestation imposée au légataire; et là où il n'y a pas d'obligation à remplir, il ne peut être question de condition résolutoire.

250. Qui a action contre le légataire? Puisque la loi suppose l'existence d'un contrat bilatéral, il faut décider que l'action n'appartient qu'à celui qui est réputé créancier contre le légataire débiteur de la charge. La doctrine va plus loin; elle reconnaît le droit d'agir, non-seulement au débiteur du legs qui, dans la théorie de la condition résolutoire, est le créancier, mais aussi aux héritiers *ab*

(1) Rejet, 24 août 1819 (Dalloz, n° 4292, 1°).

intestat et à l'exécuteur testamentaire. Nous laissons de côté l'exécuteur testamentaire, puisque nous traiterons plus loin des droits que lui confère le mandat qui lui est conféré par le testateur. Quant aux héritiers légitimes, leur droit est incontestable lorsqu'ils sont chargés d'acquitter le legs grevé de la charge ; c'est alors entre eux et le légataire que le contrat se forme. Mais si les héritiers légitimes sont exclus par l'institution d'un légataire universel qui a la saisine, il n'y a aucun lien juridique entre le légataire et les héritiers, aucun contrat, donc ni créancier ni débiteur. Il faut supposer, dans ce cas, que la loi établit un lien d'obligation entre les héritiers légitimes et le légataire universel. Celui-ci est obligé, par l'acceptation de son legs, à remplir les charges qui y sont attachées ; et si lui est débiteur, il faut qu'il y ait un créancier qui puisse le forcer à remplir cette charge. L'équité conduit à cette conséquence ; si les héritiers étaient sans action, le légataire pourrait impunément manquer à ses engagements, et l'article 1046 resterait sans exécution. Mais l'équité ne suffit point pour donner une action, il faut aussi que le demandeur ait droit et intérêt à agir. L'intérêt des héritiers *ab intestat* est évident ; en effet, si le légataire ne remplit pas la charge, ils peuvent demander la révocation du legs, par suite la chose léguée rentre dans la succession *ab intestat* et appartient aux héritiers légitimes. Cet intérêt constitue aussi leur droit. Quoique exhérédés, ils conservent un droit éventuel à l'hérédité : tout ce qui n'est pas légué leur appartient; les legs caducs reviennent à l'hérédité s'il n'y a pas un légataire, débiteur du legs, qui profite de la caducité. Ayant un droit éventuel aux choses léguées si la révocation du legs est prononcée, ils ont, par cela même, droit à exiger l'exécution de la charge et, en cas d'inexécution, la révocation du legs. Quant à l'objection que le légataire pourrait leur opposer qu'ils ne sont pas créanciers, puisqu'il n'a contracté aucun engagement à leur égard, elle trouve sa réponse dans le texte de la loi : le code ouvre une action en révocation, il doit donc accorder cette action à ceux qui y ont intérêt. Nous aboutissons à la conséquence que

tous ceux qui profiteront de la révocation du legs ont le droit d'intenter l'action en révocation et, par suite, l'action en exécution des charges.

La jurisprudence est en ce sens (1) ainsi que la doctrine (2). Quand la charge constitue une fondation au profit de tiers bénéficiaires, ceux-ci n'ont pas l'action en révocation, l'autorité qui les représente a seulement le droit de demander l'exécution de la charge. Telle est une fondation faite au profit d'enfants orphelins; la charge est imposée aux hospices légataires; les enfants qui sont dans le cas de profiter de la fondation sont représentés par la commune. Celle-ci a action pour demander l'exécution de la charge; mais elle n'aurait pas action pour demander la révocation du legs fait aux hospices, car ce ne sont pas les pauvres représentés par la commune qui profiteraient de la révocation, ce sont les héritiers, ou, en termes plus généraux, les débiteurs du legs; eux seuls ayant intérêt, eux seuls ont le droit d'agir (3).

251. Les parties intéressées ne peuvent agir en révocation que si le légataire n'exécute point la charge. Quand la charge consiste à faire, il se présente des difficultés. L'article 1142 porte que toute obligation de faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur. Cela ne veut pas dire que le créancier doive nécessairement se contenter de dommages-intérêts; il a le droit d'exiger l'exécution directe de l'obligation contractée par le débiteur. C'est en ce sens qu'il faut entendre l'article 1144, aux termes duquel le créancier peut, en cas d'inexécution, être autorisé à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur; ce n'est pas une faculté que la loi accorde au juge et dont celui-ci pourrait ne pas user, c'est un droit que le créancier exerce et dont le juge doit procurer l'exécution. Nous reviendrons sur ces principes au titre des *Obligations*.

(1) Grenoble, 16 mai 1842 (Dalloz, n° 3539). Rejet, chambre civile, 19 mars 1855 (Dalloz, 1855, 1, 297).
(2) Aubry et Rau, t. VI, p. 649, § 715 et p. 211, § 727.
(3) Lyon, 29 août 1853 (Dalloz, 1854, 2, 187), et Rejet, 19 mars 1855 (Dalloz, 1855, 1, 297).

La question s'est présentée devant la cour de cassation. Un legs avait été fait aux hospices de Lyon, sous la charge de recevoir douze pauvres enfants légitimes de la commune de Belleville, pour y être tenus jusqu'à l'âge où ils pourraient être mis en apprentissage. La commune de Belleville, représentant légal des bénéficiaires, demanda l'exécution de la charge; les hospices, tout en reconnaissant l'étendue des obligations qui leur étaient imposées, prétendirent que l'exécution de la charge était devenue impossible à raison des changements notables que la suite des temps et le nombre toujours croissant des indigents et des malades à soulager avaient nécessités dans le régime intérieur des maisons affectées aux pauvres; ils demandèrent que la charge fût remplacée par une rente annuelle à payer aux bénéficiaires. Les héritiers étant restés hors de cause, il ne pouvait pas s'agir de la révocation du legs; la commune de Belleville demanda que, par application de l'article 1144, le tribunal l'autorisât à exécuter elle-même la charge aux dépens du débiteur. C'était son droit strict. La cour de Lyon rejeta néanmoins la demande par des considérations de fait qui nous paraissent insuffisantes en face du droit consacré par le code civil. « L'obligation, dit-elle, est d'une nature complexe et d'une étendue indéterminée; on ne saurait, sans ouvrir une issue aux complications et peut-être aux abus, abandonner à la commune de Belleville le soin de son exécution illimitée et nécessairement arbitraire qui, d'ailleurs, ne satisferait pas d'une manière complète à l'intention du testateur. » La cour conclut que c'est le cas de s'en tenir à l'application des dommages-intérêts.

La cour de cassation maintint cette décision (1), en la confirmant par des motifs que nous pouvons encore moins accepter. Elle dénie le droit du créancier; l'article 1144, selon elle, donne aux juges une faculté dont ils peuvent user ou ne pas user, suivant les circonstances. Nous reviendrons sur la question de droit, au titre des *Obligations*. Il nous semble qu'il y avait un autre motif pour repousser

(1) Voyez les citations, p. 276, note 3.

la demande de la commune de Belleville. Elle représentait les bénéficiaires, les enfants pauvres qui, d'après le testament, devaient être reçus dans les hospices. Est-ce que les bénéficiaires ont qualité pour demander à être chargés de l'exécution de la fondation établie en leur faveur? Les héritiers seuls avaient le droit d'agir, soit en exécution de la fondation par les hospices, soit en révocation du legs. Dans le silence des héritiers, le mode d'exécuter la charge devait être réglé par l'administration; les tribunaux étaient incompétents, puisque les véritables ayants droit n'étaient pas en cause.

252. D'après l'article 1184, la révocation doit être demandée en justice et il peut être accordé au défendeur un délai suivant les circonstances. De là la cour de cassation a conclu que les tribunaux ont un pouvoir d'appréciation en ce qui concerne les conditions imposées aux légataires. Il y en a, dit la cour, qui sont principales et dont l'observation est impérative; il y en a de moindre importance, dont l'omission ne saurait entraîner nécessairement la révocation des dispositions(1). Cette distinction est très-équitable, mais nous doutons fort qu'elle soit fondée en droit. Les articles 1184, 953 et 1046 donnent l'action en révocation au créancier dès que le débiteur ne remplit pas ses obligations, sans distinguer si ces obligations sont plus ou moins importantes. En matière d'obligations conventionnelles, le juge est lié par le contrat qui fait la loi des parties; lui-même est obligé de respecter cette loi; il ne peut certes pas refuser la résolution, par la raison que l'obligation qui n'a pas été exécutée a peu d'importance; le seul droit que la loi lui donne, c'est d'accorder un délai au débiteur. Cette théorie de la résolution reçoit son application aux legs; il s'ensuit qu'en matière de legs, pas plus qu'en matière de contrats, le juge n'a aucun pouvoir discrétionnaire. Il y a, il est vrai, des différences entre les legs et les conventions; quand une convention est résolue, c'est le créancier intéressé qui en profite; pour mieux dire, les choses sont

(1) Rejet, 27 mars 1861 (Dalloz, 1861, 1, 264).

remises au même état que si l'obligation n'avait pas existé. La révocation des legs produit un effet bien différent; il est impossible de remettre les choses au même état, car le testateur ne vit plus quand la révocation est prononcée, ce n'est pas lui qui en profite, ce sont ses héritiers; lorsque ces héritiers sont exhérédés, la révocation peut être tout à fait contraire à l'intention du testateur : veut-il que les parents qu'il a exclus de son hérédité recueillent les biens légués de préférence au légataire qui ne remplit pas les conditions? Cela est peu probable, au moins devrait-on tenir compte de l'importance des conditions qui ne sont pas exécutées. Le législateur aurait donc dû faire la distinction que fait la cour de cassation; lui seul avait le droit de la faire, l'interprète est lié par les textes.

Dans l'espèce jugée par la cour de cassation, la testatrice avait dit dans son testament : « Je veux être enterrée auprès de mon fils. » On peut à peine dire que ce fût là une charge imposée au légataire universel; les héritiers qui étaient sur les lieux, tandis que le légataire était absent, auraient dû remplir ce devoir de piété; ils n'en firent rien. A son retour, le légataire fit des démarches pour remplir le désir de la testatrice; il paraît qu'il n'y mit pas un grand zèle, puisque cinq années s'écoulèrent sans que l'exhumation eût lieu. Alors l'administration communale livra à de nouvelles sépultures le terrain où la défunte était enterrée; les ossements ayant été confondus, l'exécution de la charge, si charge il y avait, devint impossible. La cour de Riom reproche au légataire une certaine insouciance, une lenteur regrettable dans l'exécution des dispositions testamentaires de sa bienfaitrice; mais, dit-elle, on ne saurait lui imputer la pensée impie de ne pas remplir le vœu de la testatrice. La cour conclut qu'il serait injuste de révoquer le legs, alors que l'inhumation s'était faite sans le concours du légataire et qu'il s'était à la fin trouvé dans l'impossibilité d'exécuter les volontés de la défunte. L'arrêt ajoute, et ici la décision devient douteuse, que l'article 956 laisse aux tribunaux une certaine liberté d'appréciation quand il s'agit de prononcer la révocation d'un testament pour

inexécution des conditions. Il faut prendre garde, dit la cour, d'enfreindre les volontés du testateur sous le prétexte d'en assurer l'exécution. Cette dernière considération est à l'adresse du législateur. La cour de cassation a eu tort, à notre avis, de la reproduire et d'y fonder une décision en droit.

253. Une question analogue s'est présentée devant la cour de Gand. La testatrice avait ordonné un service funéraire pour le repos de son âme; les légataires restèrent quinze à seize mois sans remplir cette charge, peut-être pensaient-ils que l'âme de la défunte ne s'en trouverait pas plus mal. Une sommation des héritiers *ab intestat* les rappela à leur devoir. La cour de Gand refusa de prononcer la révocation, d'abord parce que la testatrice n'avait fixé aucun délai pour la célébration du service. Ce premier motif n'est pas solide : par cela seul qu'elle n'accordait pas de délai, le service devait être célébré immédiatement : attend-on un an pour assurer le repos de l'âme d'un mort? Il y avait une autre raison, et celle-ci était décisive. Les légataires se hâtèrent de faire célébrer le service; lorsque les héritiers intentèrent l'action en révocation, la charge était remplie depuis deux mois; quoique tardivement exécutée, la charge était exécutée, le retard ne parut pas suffisant à la cour pour prononcer la révocation (1).

254. Quelle est la durée de l'action en révocation? Quels en sont les effets? Le code assimile la révocation des legs à la révocation des donations. Il faut donc appliquer ce que nous avons dit au chapitre des *Donations*.

N° 2. DE LA RÉVOCATION POUR CAUSE D'INGRATITUDE.

I. *Des faits qui constituent l'ingratitude.*

255. L'article 1046 déclare applicables aux dispositions testamentaires les causes de révocation établies par l'article 955 pour les donations entre-vifs, sauf la troi-

(1) Gand, 9 juillet 1852 (*Pasicrisie*, 1852, 2, 315).

sième. Aux termes de l'article 955, la donation entre-vifs ne peut être révoquée pour cause d'ingratitude que dans les cas suivants : 1° si le donataire a attenté à la vie du donateur ; 2° s'il s'est rendu coupable envers lui de sévices, délits ou injures graves. La loi ajoute : « S'il lui refuse des aliments. » Cette cause de révocation ne peut, par la nature des choses, s'appliquer au légataire ; mais l'article 1047 établit une cause particulière aux legs : « l'injure grave faite à la mémoire du testateur. » On a dit avec raison que les causes d'ingratitude, sauf la dernière, étaient plutôt des causes d'indignité. En effet, il ne saurait y avoir d'ingratitude avant qu'il n'y ait un bienfait ; les délits commis du vivant du testateur peuvent bien rendre le légataire indigne du bienfait que le testateur lui avait conféré, mais ils ne peuvent pas le rendre ingrat, car il ne reçoit son bienfait qu'à la mort (1). Nous renvoyons au chapitre des *Donations* tout ce qui concerne les deux premières causes d'ingratitude, la loi n'y dérogeant pas en matière de legs. La troisième, l'injure à la mémoire du testateur, est très-vague ; il n'est pas étonnant que l'on ait essayé de s'en prévaloir dans tous les cas où le légataire se montrait indigne du bienfait du testateur. Ces prétentions ont rarement réussi. Nous allons faire connaître les décisions judiciaires.

256. Il y a des cas qui ne sont pas douteux, puisqu'ils rentrent dans le texte de l'article 955. Une testatrice lègue à sa domestique une rente viagère de 200 francs. Quelques jours avant le décès de sa maîtresse, la servante soustrait frauduleusement à celle-ci quatre obligations de la ville de Lyon. Les héritiers légitimes demandent la révocation du legs pour cause d'ingratitude. On objecte, dans l'intérêt de la domestique infidèle, qu'il s'agit d'un délit contre la propriété et que l'article 955 ne peut s'appliquer qu'aux délits contre la personne, les seuls qui impliquent une véritable ingratitude. Nous sommes vraiment honteux de voir de ces misérables chicanes se produire en justice. On introduit dans la loi une distinction

(1) Demolombe, t. XXII, p. 247, n° 277.

que le texte et l'esprit repoussent, et cela pour excuser une noire ingratitude; une servante vole sa maîtresse qui n'a qu'un faible patrimoine, et cela au moment où elle allait recueillir un bienfait immense! Inutile d'insister, on n'a qu'à lire le texte pour se convaincre qu'il comprend les délits contre la propriété aussi bien que les délits contre la personne du testateur. Il va sans dire que la jurisprudence est en ce sens (1).

257. Que faut-il décider si le vol est commis après le décès du testateur? Le texte de l'article 955 n'est plus applicable, puisqu'il y est question d'un délit dont le légataire se rend coupable envers le donateur. On ne peut pas davantage invoquer l'article 1047, en considérant le vol comme une injure à la mémoire du testateur : la mémoire du défunt n'en souffre pas, ce sont les héritiers qui seuls en souffrent un préjudice. La cour de Paris, mettant la morale au-dessus du droit, avait révoqué une rente viagère de 800 francs léguée par le défunt à sa gouvernante; celle-ci, constituée gardienne des scellés, avait répondu à tant de générosité et de confiance en volant des bons de la caisse de service, des bons de la ville de Paris, des lettres de change, une somme de 20,000 francs en or, plus des effets en argent. Certes, s'il était permis aux juges de décider en équité, cette coupable créature méritait d'être flétrie comme indigne et ingrate. Mais les tribunaux sont liés par les lois; la cour de cassation fut obligée de casser l'arrêt dicté par le cri de la conscience. Il n'y a pas de texte, dit la cour, qui permette de révoquer les legs pour des délits qui ne préjudicient qu'aux héritiers du testateur; la cour ajoute une restriction qui donne aux juges du fait un moyen de concilier la morale avec le droit. « La spoliation qui lèse les héritiers, dit l'arrêt, ne peut devenir une cause de révocation d'un legs qu'autant que le but ou l'effet de cette spoliation aurait été de porter atteinte à la mémoire du testateur, en l'exposant au reproche non mérité de dissipation et de mau-

(1) Lyon, 27 décembre 1866 (Dalloz, 1867, 3, 31). Rejet, 24 décembre 1827 (Dalloz, n° 4300).

vaise foi de la part de ses créanciers. » C'est aller bien loin, nous semble-t-il. Le domestique infidèle qui vole la succession de son maître vole pour son compte, et non pour flétrir la mémoire de celui qui l'a gratifié d'un legs. Il y a indignité morale, et le législateur aurait dû en faire un cas d'indignité légale. C'est une lacune qu'il importe de signaler; les lois doivent être mises en harmonie avec le cri de la conscience.

258. Les soustractions dont un légataire se rend coupable donnent encore lieu à une autre question. Aux termes de l'article 792, « les héritiers qui auraient diverti ou recélé des effets d'une succession sont déchus de la faculté d'y renoncer; ils demeurent héritiers purs et simples malgré leur renonciation, sans pouvoir prétendre aucune part dans les objets divertis ou recélés. » On demande si cette disposition s'applique aux légataires universels. La négative nous paraît certaine. C'est une disposition pénale, donc de stricte interprétation; or, elle est placée au titre des *Successions*, donc on ne peut l'étendre aux *Testaments*. Elle serait même inefficace pour les légataires qui n'ont pas la saisine, au moins dans l'opinion que nous avons enseignée quant au payement des dettes; n'en étant tenus que jusqu'à concurrence des biens qu'ils recueillent, que leur importe d'être déchus de la faculté de renoncer? Il eût donc fallu une disposition spéciale qui, pour les punir, leur eût imposé l'obligation de payer les dettes indéfiniment. Il y a une lacune dans la loi que l'interprete doit signaler, mais qu'il lui est interdit de combler (1).

259. La cupidité prend mille voies pour se satisfaire, et le plus souvent elle échappe aux prescriptions de la loi. Sans doute, l'héritier testamentaire qui, après le décès du testateur, détruit ou supprime frauduleusement un testament postérieur, se rend indigne du bienfait qu'il ose réclamer. Mais cette cause d'indignité n'est pas prévue par la loi; ce n'est pas un délit contre le défunt, il préjudicie aux héritiers institués par le second testament;

(1) Jugement du tribunal d'Angers, 10 juin 1868 (Dalloz, 1869, 2, 140).

on ne peut pas même dire que ce légataire infidèle se rende coupable d'une injure grave envers la mémoire du testateur; il empêche l'exécution de ses dernières volontés, la mémoire du défunt n'en souffre point (1). Toutefois ceux qui seraient institués dans le testament supprimé auraient une action en dommages-intérêts contre l'auteur de ce délit; c'est le droit commun de l'article 1382, comme nous l'avons dit ailleurs (2).

260. Le légataire s'empare des choses qui lui ont été léguées, avant la mort du testateur, mais, à la première réclamation, il les restitue. Est-ce un délit qui tombe sous l'application de l'article 955? Il a été jugé que, d'après les circonstances de la cause, c'était un acte d'indélicatesse, répréhensible en morale et dans le for intérieur, mais qu'on n'y rencontrait pas les conditions qui constituent une soustraction frauduleuse; il y avait donc indignité de fait, mais non ingratitude légale (3).

261. Le testateur fait un legs à son exécuteur testamentaire comme témoignage de reconnaissance et d'amitié. Un jugement retire à l'exécuteur ses fonctions pour une cause peu honorable, dit l'arrêtiste. Les héritiers demandent la révocation du legs. Leur demande est rejetée. La cour reconnaît que le légataire n'avait pas droit au legs comme exécuteur testamentaire; mais reste la cause indiquée par le testateur, l'amitié qu'il lui portait; cette cause subsiste malgré l'indélicatesse dont l'exécuteur s'est rendu coupable; indigne de la confiance des héritiers, rien ne prouve qu'il fût indigne de l'amitié que le défunt lui témoignait à l'époque du testament. Bref, il n'y avait pas de cause légale d'ingratitude (4).

262. Le légataire ne poursuit pas l'interdiction du testateur tombé en démence. On a prétendu que c'était un fait d'indignité; ce peut être indifférence coupable, mais où est le délit que l'article 955 exige (5)? C'est une

(1) Bordeaux, 25 juin 1846 (Dalloz, 1849, 2, 80).
(2) Voyez le tome XIII de mes *Principes*, p. 109, n[os] 114 et suiv.
(3) Bordeaux, 16 août 1838 (Dalloz, n° 4301).
(4) Liége, 11 février 1834 (Dalloz, n° 4303, et *Pasicrisie*, 1834, 2, 38).
(5) Bruxelles, 3 mai 1854 (*Pasicrisie*, 1855, 2, 289).

de ces prétentions qu'on ne devrait pas produire en justice; elles discréditent le droit et la science qui se met au service de la chicane.

263. Il y a des causes plus graves; l'indignité morale de la veuve légataire qui se livre à l'inconduite ne saurait être contestée; mais la cour de Nîmes dit très-bien que l'inconduite de la veuve, toute répréhensible qu'elle est, laisse la réputation du mari intacte, telle qu'elle était au terme de sa vie, que sa mémoire reste honorée si elle l'était auparavant; ce n'est donc pas une injure grave faite à la mémoire du testateur; l'injure implique une diffamation, tandis que l'inconduite de la veuve est un oubli de ses devoirs, où l'on chercherait vainement une intention d'offense, et peut-il y avoir une injure sans intention d'offenser (1)?

264. Il a été jugé que l'adultère est une cause de révocation, alors même que l'époux prédécédé en aurait eu connaissance et ne l'aurait pas dénoncé. Cette décision, critiquée par les uns, est approuvée par les autres. Nous la croyons fondée en droit aussi bien qu'en morale. L'adultère est un délit, donc l'article 955 est applicable. On objecte que l'époux offensé seul a le droit d'agir. Au criminel, oui; mais il ne s'agit pas, dans l'espèce, de punir l'adultère, il s'agit de faire révoquer la libéralité dont l'époux coupable s'est certainement rendu indigne (2).

265. L'article 727 prononce l'indignité de l'héritier pour les causes qu'il énumère; l'une de ces causes n'est pas reproduite parmi les faits d'ingratitude qui emportent la révocation des legs; c'est le fait de ne pas dénoncer le meurtre du défunt. On demande si ce fait doit être considéré comme une cause d'ingratitude et, par suite, de révocation. Nous nous étonnons que Merlin réponde affirmativement, en invoquant la morale et l'identité de raison; il oublie la loi et la règle d'interprétation qui défend d'étendre des dispositions pénales par voie d'analogie. Il

(1) Nîmes, 14 février 1827 (Dalloz, n° 4304). Besançon, 1er août 1844 (Dalloz, 1845, 2, 170).

(2) Colmar, 7 janvier 1830 (Dalloz, au mot *Chose jugée*, n° 48, 2°). Comparez Dalloz, n° 4305, et Bayle-Mouillard sur Grenier, t. III, p. 107 et suiv.

suffit de comparer l'article 727 et l'article 955 pour se convaincre que, même dans les faits qui paraissent identiques, le législateur n'a pas appliqué à l'ingratitude les dispositions qui régissent l'indignité; il faut donc s'en tenir aux textes (1).

Autre est la question de savoir si l'article 727 est applicable à l'héritier testamentaire, c'est-à-dire si le légataire universel est exclu de l'hérédité comme indigne, de même que l'héritier *ab intestat*. Il nous semble qu'il suffit de poser la question pour la résoudre. L'indignité est une peine, et les peines sont de stricte interprétation: la loi la prononce contre l'héritier légitime, elle ne la prononce pas contre l'héritier testamentaire, ce qui est décisif. Il résulte sans doute de là des anomalies : l'héritier indigne doit restituer tous les fruits qu'il a perçus, tandis que le légataire ingrat ne les restitue que du jour de la demande (art. 729 et 958). N'est-ce pas encourager l'ingratitude? Cette considération morale a entraîné la cour de Lyon (2). Dans l'espèce, la légataire, condamnée pour empoisonnement, avait joui pendant quatre années d'une fortune opulente; les fruits qu'elle avait perçus s'élevaient à une valeur de 50,000 francs : est-ce que la femme qui empoisonne son bienfaiteur peut hériter de celui qu'elle tue? La conscience du juge s'est révoltée à cette idée, nous le comprenons; mais le respect de la loi est encore un plus grand intérêt, il doit l'emporter même sur le cri de la conscience. Or, la question de droit n'est pas douteuse; la loi prévoit le cas d'indignité du légataire, elle l'appelle ingratitude; il faut donc s'en tenir à l'article 955, on ne peut pas cumuler la disposition concernant l'ingratitude du légataire avec la disposition concernant l'indignité de l'héritier légitime. Il faut changer l'article 959, dont la disposition quant aux fruits est très-peu morale.

266. Aux termes de l'article 299, l'époux contre lequel

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Indignité*, n° 2 (t. XIV, p. 272). En sens contraire. Demolombe, t. XXII, p. 251, n° 278. L'opinion de Merlin est plus généralement suivie. Bayle-Mouillard sur Grenier, t. III, p. 109, et les auteurs qu'il cite.

(2) Lyon, 12 janvier 1864 (Dalloz, 1864, 2, 66).



le divorce est admis perd tous les *avantages* que l'autre époux lui avait faits. Cette disposition s'applique-t-elle aux libéralités testamentaires? Nous avons examiné la question au titre du *Divorce* (1). La jurisprudence française étend à la séparation de corps la peine que l'article 299 prononce, en cas de divorce, contre l'époux coupable (2). Nous avons enseigné l'opinion contraire (3). Dans cette opinion, la question se présente de savoir si l'époux qui a obtenu la séparation de corps peut demander la révocation des libéralités qu'il a faites à son conjoint. La question n'a d'intérêt que pour les héritiers, car l'époux testateur peut révoquer son testament en vertu du droit commun. Les héritiers aussi sont sous l'empire du droit commun. Quand il s'agit de donations entre-vifs, on objecte l'article 959, aux termes duquel les donations en faveur de mariage ne sont pas révocables pour cause d'ingratitude. Dans l'opinion que nous avons enseignée (4), cette disposition ne s'applique pas aux donations que l'un des conjoints fait à l'autre. En tous cas, elle ne regarde pas les legs. Donc les legs peuvent être révoqués d'après le droit commun.

II. *Qui peut agir en révocation?*

267. La révocation doit être demandée en justice; l'article 1046 le dit implicitement, puisqu'il parle d'une *demande* en révocation des dispositions testamentaires. Qui peut intenter l'action? Il y a controverse sur ce point. D'après le droit commun, toute action peut être intentée par celui qui y a intérêt. La question est donc de savoir si la loi déroge aux principes généraux en cette matière. Au chapitre des *Testaments*, elle renvoie à l'article 955, en ce qui concerne les causes d'indignité pour lesquelles le légataire peut être privé de son legs; elle ne renvoie pas à l'article 957, qui dispose que la révocation des do-

(1) Voyez le tome III de mes *Principes*, p. 352, n° 304.
(2) Rejet, chambre civile, 5 décembre 1849 (Dalloz, 1850, 1, 33).
(3) Voyez le tome III de mes *Principes*, p. 411, n° 354.
(4) Voyez le tome XII de mes *Principes*, p. 581, n°s 498-500.

nations ne peut, en général, être demandée par les héritiers du donateur, quand il s'agit d'ingratitude : les héritiers n'ont l'action que si elle a été intentée par le donateur, ou si celui-ci est décédé dans l'année du délit. Faut-il appliquer cette disposition à la révocation des legs? L'application littérale est impossible, car la révocation des legs n'est pas demandée par le testateur, il n'a pas besoin d'agir, puisqu'il a toujours le droit de révoquer; il y a d'ailleurs un cas dans lequel la demande ne peut être formée qu'après la mort du testateur, c'est quand elle est fondée sur une injure grave faite à la mémoire du testateur. Il suit de là que l'article 957 doit être écarté; dès lors on reste sous l'empire du droit commun.

Telle est l'opinion générale (1); on accorde l'action à ceux qui ont intérêt, c'est-à-dire à ceux qui profitent de la révocation lorsqu'elle est prononcée. Les éditeurs de Zachariæ, au contraire, enseignent que l'action ne peut être formée que par les successeurs universels qui représentent la personne du défunt (2). Ils se fondent sur ce que cette action est personnelle de son essence, puisqu'elle a pour objet la réparation d'une injure. Ces actions ne peuvent être intentées que par la personne offensée; or, le seul qui soit offensé par l'ingratitude du légataire, c'est le testateur, et, après lui, ses héritiers. Nous croyons que le principe invoqué par MM. Aubry et Rau ne reçoit pas d'application à l'espèce. Il n'est pas exact de dire que les héritiers soient offensés et qu'ils agissent comme tels. L'offense s'adresse au défunt, et l'offense essentiellement personnelle ne passe pas aux héritiers. Voilà pourquoi l'article 957 refuse, en règle générale, aux héritiers du donateur l'action pour cause d'ingratitude. En matière de legs, au contraire, l'action n'appartient pas à la personne offensée; à qui donc doit-elle être accordée? Puisque le principe de la personnalité de l'action est hors de cause, il faut suivre le droit commun, c'est-à-dire donner l'action à tous ceux qui y ont intérêt. L'esprit de la loi le

(1) Duranton, t. IX, p. 478, n° 482; Demolombe, t. XXII, p. 265, n° 292.
(2) Aubry et Rau, t. VI, p. 212, et note 6, § 727.

veut ainsi. Il importe d'enlever au légataire ingrat une libéralité dont il s'est montré indigne; pour atteindre ce but, il faut donner l'action à tous les intéressés; sans cela il pourrait se faire que l'action ne pût être intentée par personne : c'est ce qui arriverait si le défunt ne laissait que des légataires à titre universel ou à titre particulier; les héritiers légitimes exclus n'auraient pas le droit d'agir, parce qu'ils seraient sans intérêt : les légataires chargés d'acquitter les legs auraient intérêt, mais ils seraient sans droit. Cela n'est pas admissible.

268. Dans quel délai l'action doit-elle être intentée? Cette question est très-controversée et les doutes ne manquent point (1). La loi ne prévoit qu'un cas : aux termes de l'article 1047, « si la demande est fondée sur une injure grave faite à la mémoire du testateur, elle doit être intentée dans l'année à compter du jour du délit. » C'est l'application aux legs du principe que la loi suit en matière de donations (art. 957). Il y a cependant une différence entre les deux textes, et de là une première controverse. L'article 957 dit que la demande en révocation pour cause d'ingratitude devra être formée dans l'année, *à compter du jour du délit imputé par le donateur au donataire, ou du jour que le délit aura pu être connu par le donateur*; tandis que l'article 1047 dit d'une manière absolue que l'action doit être intentée dans l'année à compter du jour du délit. Faut-il ajouter « ou du jour que le délit aura pu être connu? » Nous croyons qu'on doit s'en tenir au texte; il est impératif, et tout est de rigueur quand il s'agit d'une disposition pénale. Vainement dit-on que l'année pourra se passer sans que les héritiers aient connaissance du fait qui leur donne action. Nous répondrons que le législateur a parlé et qu'il faut lui obéir. Est-il probable, d'ailleurs, que les héritiers ignorent une *injure grave* faite à la mémoire du testateur (2)?

(1) Voyez les sources dans Dalloz, n° 4294.

(2) Cassation, 24 décembre 1827 (Dalloz, n° 4300). Coin-Delisle, p. 517, n° 4 de l'article 1047. Demante, t. IV, n° 201 *bis* III, p. 407; Marcadé, t. IV, p. 148, n° I de l'article 1047. L'opinion contraire est plus généralement suivie (Demolombe, t. XXII, p. 254, n° 282).

La loi ne dit rien des deux autres causes d'ingratitude prévues par l'article 955 : attentat à la vie du donateur, sévices, délits ou injures graves. Nous croyons que la prescription d'un an est applicable. Que tel soit l'esprit de la loi, il est difficile de le contester. Le siége de la matière est dans l'article 957; il établit la courte prescription d'un an. Au chapitre des *Legs*, la loi prévoit une cause d'ingratitude qui ne pouvait se présenter en matière de donations, l'injure grave faite à la mémoire du testateur; et quelle prescription le code établit-il pour ce cas spécial? La prescription d'un an : c'est donc, dans l'esprit de la loi, la règle en cette matière. L'esprit de la loi, dira-t-on, ne suffit point pour établir une prescription, il faut un texte. Nous croyons, avec la cour de cassation, que l'article 1046 contient ce texte; il renvoie au chapitre des *Donations* pour ce qui concerne les causes d'ingratitude; n'est-ce pas renvoyer implicitement aux dispositions qui organisent l'action en révocation? Si l'article 1046 ne rappelle pas l'article 957, c'est parce que cet article ne peut pas recevoir une application littérale aux legs, mais cela n'empêche pas le principe qu'il pose d'être applicable. L'article 1047 en fournit la preuve : conçoit-on que pour l'une des causes d'ingratitude la loi établisse une courte prescription d'un an et que pour les deux autres elle consacre la prescription de trente ans? Car si la prescription exceptionnelle d'un an ne reçoit pas d'application, on rentre dans la règle générale de la prescription trentenaire; trente ans et un an pour un seul et même fait juridique, l'ingratitude, cela est inadmissible. La loi pourrait être plus claire, mais ce qu'elle veut n'est pas douteux (1).

On objecte la discussion qui a eu lieu au conseil d'Etat. Comme d'habitude, la discussion ne prouve rien. Le projet de code contenait la disposition suivante, que nous sommes obligé de transcrire, puisqu'on s'en prévaut pour décider la question de prescription : « Si la demande est fondée

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 213 et suiv., et note 9. Demolombe, t. XXII, p. 256, n° 285. Rejet, 24 décembre 1827 (Dalloz, n° 4300); Amiens, 16 juin 1821 (Dalloz, n° 4294, 1°).

sur le fait que le légataire était auteur ou complice de la mort du testateur, l'héritier doit la former dans l'année, à compter du jour du décès du testateur si la condamnation est antérieure au décès, et à compter du jour de la condamnation si elle est postérieure au décès. Si elle est fondée sur une injure grave faite à la mémoire du testateur, elle doit être intentée dans l'année à compter du jour du délit. » Treilhard critiqua la disposition. « Il serait contre l'ordre, dit-il, de laisser un assassin jouir des dépouilles de sa victime par cela seul qu'il n'aurait pas été recherché pendant un an. » Tronchet demanda que l'action en déchéance contre le légataire eût la même durée que la poursuite du crime qu'il avait commis. A la suite de ces observations, on lit dans le procès-verbal que le conseil retranche la première partie de l'article et qu'il adopte la seconde (1). Que conclure de cette discussion? Si la discussion avait force de loi, il faudrait en inférer que la prescription de l'action en révocation est celle de l'action criminelle. Mais le débat n'a porté que sur le meurtre du testateur; étendra-t-on aux délits, aux injures ce que Treilhard et Tronchet n'appliquaient qu'à l'assassin? Et si on le fait, comment concilier avec cette règle la disposition de l'article 1047 qui limite l'action à un an, quand il s'agit d'une injure grave à la mémoire du testateur? Avouons que la discussion, au lieu de nous éclairer, fait naître de nouveaux doutes et qu'il vaut mieux s'en tenir aux textes. Chaque auteur interprète la discussion à sa guise; Troplong y voit la preuve que l'action n'est pas limitée à un an; Aubry et Rau disent qu'elle prouve au moins une chose, c'est qu'en cas de meurtre, la prescription doit être celle de l'action criminelle (2). A notre avis, un débat qui n'a laissé aucune trace dans le texte du code n'a aucune autorité.

269. Si l'on admet la prescription d'un an, il reste une difficulté : à partir de quel jour le délai commence-t-il à courir? Nouvelle controverse, et les doutes viennent tou-

(1) Séance du 27 ventôse an XI, n° 19 (Locré, t. V, p. 272).
(2) Troplong, t. II, p. 274, n° 2204. Comparez Bayle-Mouillard sur Grenier, t. III, p. 106.

jours de ce que le législateur n'a décidé la question d'ingratitude du légataire que par un renvoi au chapitre des *Donations*. Nous avons admis que ce renvoi rend l'article 957 applicable à la révocation des legs, en tant que l'application est possible; en effet, il ne peut être appliqué littéralement, puisqu'il suppose que l'action naît dans la personne du donateur et qu'elle n'appartient aux héritiers que si elle a été conservée par lui; tandis que, dans le cas de l'article 1047, l'action est intentée par les héritiers en leur nom; donc elle s'ouvre seulement à la mort du testateur; mais s'ouvre-t-elle immédiatement? L'article 957 part d'un autre principe, c'est que le délai d'un an ne court qu'à partir du jour où le donateur a pu connaître le délit. Ce même principe doit s'appliquer à l'action de l'article 1047, puisque l'action est identique, et la raison de la loi l'exige ainsi. Elle veut que le légataire indigne soit privé de son legs, qu'il soit puni de son ingratitude; il faut donc qu'elle mette les héritiers à même de poursuivre le coupable; et comment agiront-ils s'ils n'ont pas connaissance du délit? Il est vrai que l'article 1047 fait courir la prescription à compter du jour du délit; mais, dans ce cas, le délit se commet sous les yeux des héritiers, intéressés à le constater et à poursuivre la révocation du legs. Dans le cas de l'article 1046, au contraire, le délit s'est commis, du vivant du testateur, contre lui, alors que, l'existence du testament étant inconnue, les légataires ne pouvaient pas s'intéresser à un fait qui leur était étranger; ils peuvent donc l'ignorer; si, malgré cela, le délai courait contre eux, le plus souvent le coupable échapperait et jouirait, par conséquent, du legs que la loi le déclare indigne de recueillir (1).

Les objections ne manquent point. Chaque auteur a son système. M. Demolombe veut que le délai coure déjà pendant la vie du testateur, comme il court, d'après l'article 957, pendant la vie du donateur, et il traite d'intolérable le sentiment contraire (2). C'est confondre deux

(1) Duranton, t. IX, p. 475, n° 480. Rejet, 4 décembre 1827 (Dalloz, n° 4300).
(2) Demolombe, t. XXII, p. 260, n° 286.

situations très-différentes. Si le délai court contre le donateur, c'est par une excellente raison; en principe, lui seul a le droit d'agir; il faut donc qu'il agisse dans le délai de la loi; ses héritiers n'ont l'action que si le donateur l'a conservée. Il n'en est pas de même du testateur, il n'a jamais l'action en révocation, il n'en a pas besoin, il peut révoquer à volonté; l'action en révocation ne s'ouvre donc qu'à sa mort : comment veut-on qu'une action se prescrive avant d'exister? La cour d'Amiens donne à l'appui de cette opinion une autre raison, tout aussi mauvaise : permettre à l'héritier, dit-elle, d'agir après l'année du délit, ce serait le traiter plus favorablement que le donateur lui-même(1). Du tout, ce que nous demandons, c'est qu'on applique par analogie aux héritiers ce que la loi dit de l'action des donateurs; si les héritiers, de fait, agissent après l'année du délit, la raison en est simple et péremptoire, c'est que l'action en révocation d'un legs ne peut s'ouvrir que lorsqu'il y a un legs, c'est-à-dire à la mort du testateur.

Les éditeurs de Zachariæ font une autre distinction. Le délai d'un an court du jour du délit ou de celui auquel le *testateur* en a obtenu connaissance et, s'il lui était resté inconnu, du jour de son décès ou de celui auquel les héritiers auraient eux-mêmes acquis la connaissance du délit (2). Nous croyons inutile de combattre cette théorie, il suffit de remarquer qu'elle est tout à fait arbitraire; il ne dépend pas de l'interprète d'étendre ou de restreindre la durée d'une action, le législateur seul a ce pouvoir. C'est pour cela que nous maintenons le texte de l'article 957, en l'appliquant dans les limites du possible.

270. La révocation pour cause d'ingratitude se fonde sur une offense; or, l'injure s'efface par le pardon, par la réconciliation entre l'offenseur et l'offensé. Le code applique ce principe en matière de divorce (art. 272); on doit l'appliquer aussi à l'ingratitude du légataire. C'est le testateur qui est l'offensé, c'est donc lui qui doit pardonner. De là suit que l'action ne peut s'éteindre par le par-

(1) Amiens, 16 juin 1821 (Dalloz, n° 4294, 1°).
(2) Aubry et Rau, t. VI, p. 213 et suiv., et note 10, § 727.

don que dans les cas prévus par l'article 955; la troisième cause d'ingratitude ne se produit qu'après la mort du testateur, alors il ne peut plus s'agir de pardon. Il est vrai que les héritiers ou autres ayants droit sont libres de ne pas agir, mais on ne peut pas, quand ils agissent, repousser leur action par l'exception de pardon; n'étant pas offensés, ce n'est pas à eux de pardonner. Quant au testateur, son silence et son inaction peuvent-ils être invoqués pour en induire qu'il a pardonné l'injure? On dit que s'il s'est écoulé un certain temps depuis le délit jusqu'à la mort du testateur, sans que celui-ci révoque le legs, il en résulte la preuve *morale* qu'il a entendu pardonner l'offense et maintenir la disposition; partant de là, on établit une présomption de pardon, dans le cas où le testateur ne révoque pas le testament dans l'année du délit, de même que l'action du donateur s'éteint quand il n'agit point dans ce délai (1). Nous ne connaissons pas, en droit, de preuve *morale*; si l'on entend par là une probabilité, il faut l'écarter comme insuffisante, car une probabilité ne peut fonder qu'une présomption, et il n'y a point de présomption sans texte qui l'établisse, sauf les présomptions de l'homme, qui sont admises quand la loi admet la preuve testimoniale. Il faut donc voir si, dans l'espèce, la preuve par témoins est recevable pour prouver le pardon. L'affirmative ne nous paraît pas douteuse, car il s'agit de faits dont les parties intéressées n'ont pu se procurer une preuve littérale; elles se trouvent donc dans le cas de l'exception prévue par l'article 1348 et, par conséquent, le juge pourra recourir à des présomptions; mais on ne peut pas dire que le silence seul du testateur pendant une année implique le pardon; ce serait une présomption légale, et la loi n'établit point cette présomption.

271. Les héritiers et autres ayants droit ne peuvent pas pardonner l'injure, parce qu'ils ne sont pas offensés. Mais ils peuvent renoncer au droit qu'ils ont de demander la révocation du testament. Les auteurs disent que, dans ce cas, il y a confirmation du legs (2). Il nous semble que

(1) Duranton, t. IX, p. 471, n° 477. Demolombe, t. XXII, p. 262, n° 287.
(2) Duranton, t. IX, p. 472, n° 478. Demolombe, t. XXII, p. 264, n° 291.

le terme est impropre, et il peut prêter à erreur. La confirmation suppose un vice qui infecte un acte juridique et qui le rend nul, c'est-à-dire annulable; celui qui confirme efface le vice, et par suite l'acte devient pleinement valable. Peut-on dire que l'ingratitude soit un vice qui rend le legs nul? Non, le legs n'est pas vicié; quand les héritiers agissent en révocation, ils n'intentent pas une action en nullité. Donc il n'y a pas lieu à confirmation. Ce que l'on appelle confirmation est une simple renonciation; or, la renonciation n'est pas une confirmation, bien que toute confirmation implique une renonciation. Nous reviendrons, au titre des *Obligations*, sur ces notions élémentaires ainsi que sur les conséquences qui en résultent.

III. *Effet de la révocation.*

272. A qui profite la révocation? Dans notre opinion, l'action n'appartient qu'à ceux qui doivent profiter de la révocation du legs; c'est donc à eux que la révocation profite. Nous dirons plus loin quels sont les effets de la caducité et de la nullité des legs. Les principes que nous exposerons s'appliquent aussi à la révocation. Ainsi la révocation donne lieu au droit d'accroissement. Elle donne aussi ouverture à la substitution, soit vulgaire, soit fidéicommissaire (1). La question est controversée pour l'accroissement, nous y reviendrons.

273. Faut-il appliquer à l'ingratitude les principes qui régissent l'indignité? Nous avons préjugé la question en décidant que l'indignité proprement dite ne s'applique qu'à l'héritier légitime, tandis que le légataire est régi par les principes que le code établit sur l'ingratitude du donataire (n° 265). La différence est grande entre l'indignité et l'ingratitude. C'est la loi qui exclut de la succession les successibles qu'elle déclare indignes de succéder; dans l'opinion que nous avons enseignée, il ne faut pas d'action pour faire déclarer l'indignité, elle existe de plein

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 215, et note 12, § 727, et les autorités qu'ils citent.

droit en vertu de la loi, avec tous ses effets, dès l'instant de l'ouverture de l'hérédité(1). Voilà pourquoi la loi oblige l'héritier indigne à restituer tous les fruits et les revenus qu'il a perçus depuis l'ouverture de la succession (article 729).

Il n'en est pas ainsi de l'ingratitude; elle donne lieu à une action qui doit être intentée dans un bref délai sous peine de déchéance. L'ingratitude n'est donc pas établie par la loi, en ce sens qu'elle n'existe pas de plein droit. Elle est prononcée par le juge et elle n'existe qu'à partir du jugement. Aussi l'article 958 dit-il que le légataire ingrat ne doit restituer les fruits qu'à partir du jour de la demande. On ne peut donc pas dire que le légataire ingrat est censé n'avoir jamais été légataire. Non-seulement il jouit de la chose, il en est aussi propriétaire; les aliénations, les concessions de droits réels qu'il consent ne sont pas révoquées. L'article 959 le dit du donataire ingrat, et il faut admettre le même principe pour le légataire, puisque la loi assimile, sous ce rapport, les libéralités testamentaires et les libéralités entre-vifs (art. 1046). Il y a cependant une différence; d'après l'article 959, les actes de disposition faits par le donataire restent valables s'ils sont antérieurs à l'inscription de la demande en révocation qui doit être faite en marge de la transcription prescrite par l'article 939. Or, le code ne prescrit pas la transcription des testaments; la formalité de l'inscription ne peut donc pas être remplie pour les legs; par suite, le délai fixé par l'article 959 courra à partir du jour de la demande. Le législateur n'a pas prévu ces difficultés, parce qu'elles se présentent rarement; la demande en révocation, qui doit être intentée dans un bref délai, le sera régulièrement avant que le légataire soit en possession de la chose léguée, et les tiers, s'ils ont quelque prudence, ne traiteront avec lui que lorsqu'il aura obtenu la délivrance de la chose léguée; car jusque-là son droit est incertain, l'héritier pouvant contester la validité du legs ou en demander la révocation (2).

(1) Voyez le tome IX de mes *Principes*, p. 17, nos 12-17.
(2) Demolombe, t. XXII, p. 266 et suiv., nos 294-296.

274. Les principes que nous venons d'exposer ne sont pas admis par tout le monde. Nous avons dit ailleurs combien la doctrine est incertaine en ce qui concerne les effets de l'indignité. Cette incertitude réagit naturellement sur la théorie de l'ingratitude. Quand il s'agit de legs particuliers, on s'accorde à appliquer l'article 958; mais pour les legs universels et à titre universel, il y a controverse; les uns s'en tiennent à l'article 958, les autres appliquent aux légataires les principes qu'ils enseignent en matière d'indignité, mais ils le font avec une hésitation qui enlève toute autorité à leur doctrine : *il semble*, disent MM. Aubry et Rau, que la révocation de ces legs ne doive avoir effet qu'à partir du jugement qui l'a prononcée (1). Nous croyons inutile d'entrer dans ce débat, nous n'admettons pas que l'indignité ait seulement effet à partir du jugement qui la prononce; et quant à la différence que l'on établit entre les diverses espèces de legs, en matière d'ingratitude, elle n'a aucun fondement dans le texte, c'est distinguer là où la loi ne distingue pas; aussi l'opinion des savants éditeurs de Zachariæ n'a-t-elle pas trouvé faveur.

Il y a un arrêt de la cour de cassation qui paraît contraire à notre opinion et contraire aussi aux opinions que nous venons de combattre. La cour pose en principe que le légataire universel, déclaré indigne comme ayant donné la mort au testateur, est exclu de la succession, de même que l'héritier légitime, en ce sens qu'il est censé n'avoir jamais été légataire. De là l'arrêt conclut que l'indignité donne ouverture à la substitution vulgaire aussi bien que la mort. A vrai dire, la décision est fondée sur les faits de la cause, c'est un arrêt d'espèce, et non de principes. La légataire universelle avait été condamnée pour avoir donné la mort au testateur, son mari. Un jugement passé en force de chose jugée la déclara indigne de succéder et la condamna à restituer tous les fruits par elle perçus. C'est sur ce jugement que la cour de cassation se fonde

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 213, et notes 7 et 8. En sens contraire, Demolombe, t. XXII, p. 268, n° 296.

pour en déduire la conséquence très-logique que la légataire déclarée indigne était exclue de la succession, de telle sorte qu'elle n'en avait jamais eu la saisine légale. Il n'y avait pas lieu d'appliquer l'article 1046, puisqu'un jugement irrévocable avait prononcé l'indignité de la légataire; déclarée indigne, on ne pouvait plus agir contre elle en révocation pour cause d'ingratitude (1). Reste à savoir si la révocation pour cause d'ingratitude donne ouverture à la substitution; nous y reviendrons en traitant des substitutions fidéicommissaires permises.

ARTICLE 2. De la nullité et de la caducité des legs.

§ 1er. DE LA NULLITÉ.

275. Le code ne s'occupe pas spécialement des causes de nullité. Elles résultent des principes qu'il établit en ce qui concerne les formes et la capacité requises pour la validité des testaments. Quant aux formes, l'article 1001 déclare qu'elles sont prescrites sous peine de nullité; dire que le testament est nul, c'est dire que les dispositions qu'il renferme sont frappées de nullité. Dans la rigueur des principes, il faudrait dire qu'il n'y a point de legs, parce que le testament nul en la forme est un acte inexistant : le testateur est censé n'avoir pas manifesté de volonté quand il ne l'a pas exprimée dans les formes légales. Nous renvoyons à ce qui a été dit plus haut sur cette matière (2). Il y a aussi des nullités qui tiennent au fond de la disposition. La capacité du testateur est requise pour la validité du testament; s'il est incapable, le testament est nul, ce qui implique la nullité de tous les legs qu'il contient. Nous avons traité, dans un volume précédent, des personnes incapables de tester et de la nullité qui résulte de leur incapacité (3). L'incapacité du légataire n'est pas une cause de nullité du testament; le code la range parmi les causes de caducité. La raison de cette

(1) Rejet, 22 juin 1847 (Dalloz, 1847, 1, 200).
(2) Voyez le tome XIII de mes *Principes*, p. 506, nos 449 à 474.
(3) Voyez le tome XI de mes *Principes*, p. 131, nos 102 et suiv.

différence entre l'incapacité du testateur et celle du légataire est très-simple. Quand le testateur est incapable de disposer, le testament est nul, par application des principes généraux de droit, d'après lesquels tout acte fait par un incapable est nul; et comme le testateur seul figure dans l'acte de dernière volonté, l'acte doit être nul pour le tout. Mais si le testateur est capable et qu'il exprime sa volonté dans les formes légales, le testament sera valable, bien qu'il ne puisse pas obtenir son exécution à l'égard des légataires incapables de recevoir à titre gratuit.

276. Qui peut agir en nullité? Celui qui est appelé à profiter de l'annulation du legs. Nous avons dit plus haut que les héritiers légitimes ont le droit de demander la nullité du testament et, par conséquent, du legs universel qui les déshérite. Mais ils ne peuvent pas demander la nullité des legs à titre universel ou à titre particulier quand il y a un légataire universel; ils sont, dans ce cas, sans intérêt et, par conséquent, sans action. En effet, la nullité ne profiterait pas aux héritiers légitimes exclus de l'hérédité; c'est le légataire universel qui profite de la nullité des legs qui sont à sa charge, c'est donc lui seul qui a le droit d'agir (1).

Tel est le principe : il reçoit exception lorsque le legs universel est fictif, c'est-à-dire quand le testateur a institué un légataire nominal pour empêcher les héritiers de demander la nullité des legs faits à des incapables, notamment à des corporations religieuses. Nous avons parlé ailleurs de cette fraude nouvelle imaginée pour faire fraude à la loi (2).

§ 2. DE LA CADUCITÉ.

277. Le code appelle caduques les dispositions testamentaires qui sont valables par elles-mêmes, en ce sens qu'elles sont faites dans les formes voulues par la loi et

(1) Rejet, 14 décembre 1819 (Dalloz, n° 3478); 22 juillet 1835 (Dalloz, au mot *Substitution*, n° 180) et 20 novembre 1843 (Dalloz, n° 3597). Comparez le tome XIII de mes *Principes*, p. 506, n°s 449 et suiv.

(2) Voyez le tome XI de mes *Principes*, p. 230, n° 173.

par un testateur capable de disposer; mais elles sont privées de leur effet par une cause venant du légataire, ou de la chose léguée. Si le légataire est incapable, le legs est caduc (art. 1043), c'est-à-dire qu'il tombe. Il est privé d'effet, non parce qu'il est vicié, mais parce que le légataire ne peut pas le recueillir. La distinction en ce qui concerne l'incapacité du légataire n'est pas très-juridique, toute incapacité vicie l'acte dans lequel une personne incapable intervient; l'incapacité du légataire devrait donc être une cause de nullité, aussi bien que l'incapacité du testateur. La distinction est plus juste quand le légataire répudie le legs; le legs est, dans ce cas, pleinement valable; s'il ne produit pas d'effet, c'est par une cause accidentelle, le refus du légataire; or, le défaut de consentement ne peut pas passer pour un vice et n'a jamais été considéré comme une cause de nullité; le legs, quoique valable, devient inexistant, il est sans effet. Dans la théorie du code, le legs est encore caduc quand la chose léguée a totalement péri pendant la vie du testateur. Cela est très-exact si la chose léguée périt par cas fortuit : un accident n'est pas un vice. Si le testateur l'avait fait périr, il y aurait révocation plutôt que caducité, puisque la destruction de la chose léguée implique un changement de volonté (1). Nous allons exposer les divers cas de caducité d'après la théorie du code.

278. Aux termes de l'article 1039, toute disposition testamentaire est caduque si celui en faveur de qui elle est faite n'a pas survécu au testateur. Pour être capable de recevoir à titre gratuit, il faut exister lors de l'ouverture de la succession (art. 906); celui qui n'existe plus à ce moment ne peut donc recueillir le legs; en ce sens la survie du légataire est une condition de capacité et son prédécès une cause d'incapacité. Mais le code ne considère pas le prédécès du légataire comme une cause d'incapacité, il parle des incapables dans l'article 1043. Peu importe, du reste, puisque les deux faits, l'incapacité et le prédécès, sont placés parmi les causes de caducité.

(1) Comparez Toullier, t. III, 1, p. 374, n° 671.

Pourquoi, en cas de prédécès du légataire, les héritiers du légataire ne profitent-ils pas du legs? Le legs est fait par des considérations essentiellement personnelles à la personne gratifiée; c'est à la personne du légataire que le legs s'adresse, ce n'est pas à ses héritiers, quoique ceux-ci en profitent indirectement. D'un autre côté, le légataire ne peut rien transmettre à ses héritiers, car, pendant la vie du testateur, il n'y a pas de legs, la disposition pouvant être révoquée d'un instant à l'autre.

279. Cela suppose que le legs est une vraie libéralité, ce qui est le cas général, puisque le legs est une donation testamentaire. Par exception, le legs peut ne pas être une libéralité. On suppose que le testament contient une reconnaissance de dette; le légataire est, dans ce cas, un créancier, et non un donataire, le legs est un aveu. Si l'aveu est sincère, c'est-à-dire s'il y a réellement dette, mais que le créancier manque d'un titre, la reconnaissance faite par le débiteur dans son testament ne perdra pas ses effets par le prédécès du légataire. C'est la doctrine de Pothier; il enseigne que cet aveu n'est pas révocable (1); donc il lie l'héritier du testateur par cela seul que celui-ci l'a fait; peu importe que le légataire prédécède, car l'aveu n'est pas fait au profit de la personne, donc les héritiers du légataire sont recevables à l'accepter.

L'aveu peut être fait sous forme de legs sans qu'il soit question de dette. C'est alors aux héritiers du légataire à prouver que le prétendu legs n'est que la reconnaissance d'une dette. Il a été jugé que le legs leur fournit un commencement de preuve par écrit. Cela est douteux, car, en apparence, le legs est une donation testamentaire; or, peut-on se prévaloir d'une donation pour prouver que la donation n'est pas une donation? L'arrêt de la cour de Nîmes soulève encore un autre doute (2). Il s'agissait d'un acheteur qui avait payé son prix en assignats, comme il en avait le droit; il était donc libéré. Mais se croyant tenu, en conscience, de payer à son vendeur la différence

(1) Pothier, *Des donations testamentaires*, n° 306.
(2) Nîmes, 9 décembre 1822 (Dalloz, n° 4319).

entre le prix et la valeur des assignats, il s'engagea par lettres à acquitter cette dette naturelle. Etait-ce une dette naturelle? Cela est douteux. C'était plutôt un scrupule de conscience, et un scrupule n'est pas une dette. En définitive, le legs était caduc comme libéralité et nul comme reconnaissance de dette.

280. L'article 1039, en déclarant le legs caduc par le prédécès du légataire, suppose que la libéralité ne s'adresse qu'à la personne du légataire; le testateur peut avoir l'intention de gratifier les enfants du légataire au cas où celui-ci ne pourrait pas recueillir le legs. Il peut comprendre dans sa libéralité, sous forme de substitution vulgaire, soit les descendants du légataire, soit d'autres parents et même ses héritiers en général (1); bien entendu que les substitués doivent être capables de succéder lors de l'ouverture de l'hérédité; il faut donc qu'ils existent à ce moment. Nous avons déjà examiné la validité du legs fait au légataire et à ses héritiers, et nous traiterons plus loin de la substitution vulgaire. Faut-il que les descendants du légataire soient appelés au legs en vertu d'une clause expresse? ou les tribunaux peuvent-ils les admettre à prendre la place de leur père, en se fondant sur la volonté du testateur telle qu'elle résulte des circonstances de la cause? La jurisprudence s'est prononcée pour l'affirmative; nous renvoyons à ce qui a été dit plus haut contre cette doctrine (2).

281. Quand le legs est conditionnel, il ne suffit pas que le légataire survive au testateur, il faut qu'il vive au moment où la condition s'accomplit; c'est à ce moment que son droit s'ouvre, c'est donc à ce moment qu'il doit exister. C'est ce que dit l'article 1040; nous avons expliqué cette disposition, ainsi que celle de l'article 1041, en traitant des legs conditionnels (3).

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Legs*, sect. VII, n° 3 (t. XVIII, p. 105) et tous les auteurs. Duvergier (sur Toullier, t. III, 1, p. 672, note) doute de la validité de cette clause, comme étant faite au profit de personnes incertaines; à tort, croyons-nous, car les légataires sont certains, déterminés par leur lien de parenté avec le défunt.

(2) Voyez le tome XIII de mes *Principes*, p. 552, n° 503.

(3) Voyez le tome XIII de mes *Principes*, p. 590, n° 536.

282. L'article 1043 porte : « La disposition testamentaire sera caduque lorsque l'héritier institué ou le légataire la répudiera ou se trouvera incapable de la recueillir. » Nous avons traité de la renonciation aux legs plus haut (1) et de l'incapacité dans le tome XI de nos *Principes* (nos 157-262).

283. Les auteurs enseignent que le legs devient aussi caduc lorsqu'il est fait sous condition suspensive et que la condition défaillit (2). Il serait plus exact de dire qu'il n'y a jamais eu de legs ; car la condition suspend l'existence même du legs ; lors donc que la condition ne s'accomplit pas, le legs est inexistant, en ce sens que le testateur est censé n'avoir jamais fait de disposition. Il a été jugé, par application de ce principe, que le legs fait sous la condition que le légataire mineur se mariera reste sans effet si le mineur vient à décéder sans s'être marié, quand même il mourrait avant d'être nubile. La décision est très-juridique si l'on admet, ce que nous contestons, que la condition de se marier soit licite (3).

284. L'article 1042 dit que le legs sera caduc si la chose léguée a totalement péri pendant la vie du testateur. Il en sera de même, ajoute la loi, si elle a péri depuis sa mort. Quand la chose léguée périt avant l'ouverture de la succession, il est vrai de dire, dans la théorie du code sur la caducité, que le legs tombe ; il était valable, c'est par un cas fortuit que la chose périt, il n'y a plus d'objet légué, donc le legs tombe sans qu'il soit infecté d'aucun vice et sans révocation. La loi a tort d'assimiler à la caducité la perte de la chose qui arrive après la mort du testateur. Il faut supposer, pour qu'il puisse y avoir caducité par la perte de la chose, que le legs a pour objet un corps certain, car une chose indéterminée ne périt point ; or, si la chose léguée est déterminée, le légataire en devient propriétaire dès l'instant de l'ouverture de la succession, en ce sens que si l'héritier consent à la délivrance,

(1) Voyez le tome XIII de mes *Principes*, p. 108, n° 554.
(2) Aubry et Rau, t. VI, p. 197, et note 6, § 726.
(3) Rejet, 20 décembre 1831 (Dalloz, au mot *Substitution*, n° 149). Sur la condition de se marier, voyez le tome XI, de mes *Principes*, p. 642, n° 495.

le légataire est propriétaire dès le décès du testateur. Si, avant la délivrance, la chose périt par cas fortuit, elle périt pour le légataire; c'est l'application du principe d'après lequel le débiteur d'un corps certain est libéré par la perte fortuite de la chose (art. 1302) (1). Si le code dit qu'il y a caducité, c'est parce que la propriété n'est définitivement transmise au légataire que par la délivrance (n° 39); toujours est-il que, d'après le texte même du code (art. 1014), le légataire a droit à la chose léguée du jour du décès du testateur; s'il y a droit, on ne peut plus dire que le legs reste sans effet par la perte qui survient; le legs a produit son effet, donc il n'est pas caduc. La différence que nous signalons entre le cas où la chose périt avant la mort du testateur et le cas où elle périt après l'ouverture de la succession, n'est pas une différence de mots; elle a des conséquences importantes que nous allons signaler en entrant dans les détails de la matière.

285. Pour que la perte arrivée pendant la vie du testateur fasse tomber le legs, il faut qu'elle soit totale. Quand y a-t-il perte totale et quelle en est la conséquence? Une chose est périe, dit Pothier, lorsque ce qui constituait sa substance a péri. Pothier ajoute : « Ce qui constitue la substance d'une chose n'est pas tant la matière dont elle est composée, que la forme qui lui est propre et qui la différencie des autres choses. » Ainsi la perte de la chose, quoiqu'elle soit totale, n'implique pas l'anéantissement complet de la chose : l'homme ne peut pas plus détruire qu'il ne peut créer, il ne peut que changer la forme des choses, les transformer. Si la transformation est totale, la chose n'existe plus et, par conséquent, le legs est caduc, bien que les éléments constitutifs de la chose subsistent. Un bateau légué a été démonté; le légataire peut-il demander les planches? Non, car le bateau n'existe plus, la chose léguée est donc totalement périe; le légataire ne peut prétendre ce qui en reste, parce que c'est le reste d'une chose qui a existé et qui n'existe plus.

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 197 et note 7, § 726.

Il en serait autrement si la chose léguée avait été détruite totalement depuis l'ouverture du legs; car la chose qui périt est celle du légataire, donc ce qui en reste doit lui appartenir, et il est de principe élémentaire que tout ce qui reste d'une chose appartient à celui qui en était le propriétaire (1).

286. Si la perte n'est pas totale, le legs subsiste pour la partie qui reste de la chose. Une maison est léguée, elle est détruite par un incendie; le legs subsiste pour le terrain, car le terrain était compris dans le legs, le bâtiment étant légué avec le sol sur lequel il est construit. Si le testateur y bâtissait une autre maison, le légataire y aurait droit à titre d'accessoire de la chose léguée (n° 146). Il en serait autrement si le legs était de l'usufruit de la maison; lorsque, dans ce cas, la maison est brûlée, le legs est totalement éteint, parce que la chose léguée est périe totalement; en effet, le droit d'usufruit comprend, dans l'espèce, le droit d'habiter la maison; ce droit d'habiter ne peut plus être exercé quand il n'y a plus de maison, le terrain nu n'étant pas susceptible d'habitation. Sous ce rapport, il n'y a aucune différence entre la perte de la chose qui a lieu pendant la vie du testateur et la perte qui survient après sa mort (2).

287. La chose léguée a des accessoires; elle périt et les accessoires subsistent. On demande si le légataire peut réclamer les accessoires. Ici il faut distinguer si la chose périt avant ou après l'ouverture de l'hérédité. Quand la chose périt du vivant du testateur, le legs est éteint, quoique les accessoires subsistent; car les accessoires n'ont pas été légués indépendamment de la chose principale, ils ont été légués comme une dépendance de cette chose; si la chose périt, il n'y a plus d'accessoires, ne pouvant pas y avoir d'accessoires sans chose principale. Si, au contraire, la chose léguée ne périt que depuis l'ouverture du legs, le légataire a droit aux accessoires en vertu de son droit de propriété (3).

(1) Pothier, *Des donations testamentaires*, nos 322 et 327.
(2) Pothier, *Des donations testamentaires*, n° 326.
(3) Pothier, *Des donations testamentaires*, n° 328.

288. Nous avons supposé jusqu'ici que la chose périt par cas fortuit. Que faut-il décider si elle périt par le fait ou la faute de l'héritier ou du testateur? Il faut de nouveau distinguer. Si la chose est détruite par l'héritier, il répond de sa faute, d'après le droit commun. C'est ce que dit l'article 1042, deuxième alinéa : il prononce la caducité du legs si la chose périt depuis la mort du testateur *sans le fait et la faute de l'héritier*. Donc si c'est par le fait ou la faute de l'héritier que la chose est détruite, le legs n'est pas caduc; c'est dire que le légataire a une action en dommages-intérêts contre l'héritier. C'est l'application du droit commun : débiteur d'un corps certain, l'héritier est tenu de la faute appelée légère, comme nous le dirons au titre des *Obligations* (art. 1137 et 1302). Le débiteur répond-il aussi des détériorations et, par conséquent, de la perte totale ou partielle quand elles sont occasionnées par son *fait*, sans qu'il y ait *faute* proprement dite? L'article 1245 semble le dire, il y a des auteurs qui interprètent la loi en ce sens (1). Nous ajournons la question au titre des *Obligations*.

Il va sans dire que le testateur ne répond ni de son fait, ni de sa faute; il n'est pas débiteur; propriétaire de la chose, il peut la détruire, si bon lui semble, le légataire n'y a aucun droit, le testateur pouvant révoquer le legs à volonté. Quand même la chose périrait par le fait d'un tiers et que le testateur eût une action de ce chef, le légataire ne pourrait pas l'exercer; il est sans droit aucun, puisque le legs est éteint (2).

289. L'article 1042 ajoute que l'héritier n'est pas tenu de la perte, alors même qu'il serait en retard de la délivrer, lorsqu'elle eût également dû périr entre les mains du légataire. C'est l'application du droit commun. Il faut donc dire que l'héritier répond du cas fortuit, non pas quand il est en *retard*, comme le dit l'article 1042, mais quand il est en *demeure*, car le simple retard ne constitue pas le débiteur en demeure; cela est élémentaire, comme

(1) Duranton, t. IX, p. 484, n° 494.
(2) Demolombe, t. XXII, p. 306, n° 341.

nous le dirons au titre des *Obligations*. L'article 1302, qui établit le principe, admet une exception: « Lors même que le débiteur est en demeure, l'obligation est éteinte dans le cas où la chose fût également périe chez le créancier, si elle lui eût été livrée. » La disposition de l'article 1042 est l'application de ce principe. Il va de soi qu'il ne peut être question de la demeure du testateur.

290. La doctrine et la jurisprudence admettent que l'article 1042 s'applique par analogie au legs d'une créance. Elle périt quand elle est éteinte par une des causes qui, d'après la loi, entraînent l'extinction des obligations. En droit, cela ne fait pas de doute. Si une créance léguée est payée, elle n'existe plus; en ce sens, la chose léguée est détruite, et par suite le legs est caduc. Mais, comme nous en avons déjà fait la remarque, l'intention du testateur peut être que la somme provenant du payement soit due au légataire; or, l'intention l'emporte sur le droit, puisque la volonté du testateur fait loi (n° 166).

Ce que nous disons du payement s'applique aussi à la novation. On lit, dans un arrêt de la cour de Riom, que la novation n'a aucune influence sur le legs (1). Cela est trop absolu. En droit, la novation éteint la créance léguée aussi bien que le payement. Il y a même, dans la novation, une intention de renoncer à la créance novée, qui n'existe pas dans le payement. Le créancier peut être forcé de recevoir ce qui lui est dû, tandis qu'il ne peut pas être forcé à nover; s'il consent à la novation, c'est qu'il le veut bien; il renonce volontairement à sa première créance; or, renoncer à la créance léguée n'est-ce pas éteindre le legs? En droit, cela ne ferait aucun doute. Mais, en matière de dispositions testamentaires, le fait domine le droit. Il faut voir quelle est l'intention du testateur. On admettra facilement qu'il entend maintenir le legs lorsqu'il fait novation par la substitution d'une nouvelle créance qui prend la place de l'ancienne, ou lorsqu'il accepte un nouveau débiteur, en déchargeant le débiteur primitif. Dans ces deux cas, il reste créancier; une nou-

(1) Riom, 29 juin 1830 (Dalloz, n° 4351).

velle créance prend, il est vrai, la place de l'ancienne; mais, dans l'intention du testateur, cette nouvelle créance peut aussi remplacer l'ancienne comme chose léguée. Cela devient plus douteux lorsqu'un nouveau créancier est substitué à l'ancien; dans ce cas, le testateur cesse d'être créancier; la créance qu'il a léguée est éteinte sans être remplacée par une créance nouvelle appartenant au testateur. Sans doute cela se fait à titre onéreux, donc moyennant un avantage pécuniaire; le légataire a-t-il droit au bénéfice que le testateur retire de la novation? C'est toujours une question d'intention, mais l'intention sera plus difficilement admise dans ce cas.

La même difficulté se présente en cas de compensation. Mais comme la compensation se fait de plein droit, même à l'insu des créanciers (art. 1290), il faut appliquer ce que nous avons dit du payement. Il y a un argument *à fortiori*, puisque dans le payement la volonté du créancier intervient, tandis que la compensation s'opère par la loi. La cour de cassation a maintenu le legs dans l'espèce suivante : le testateur lègue une somme de 15,000 francs qui lui est due par Pierre; il met le légataire en son lieu et place pour se faire rembourser par le débiteur quand il le jugera convenable. Postérieurement au testament, la créance est éteinte par compensation d'une condamnation prononcée contre le défunt au profit de son débiteur. Question de savoir si le legs est caduc. Il a été jugé que le testateur n'avait pas entendu léguer une créance, mais une somme d'argent. Si le testateur a indiqué un débiteur chargé de payer le legs, il n'a pas voulu limiter le legs à cette créance, l'ensemble de ses dispositions prouvant qu'il avait légué les 15,000 francs afin de maintenir l'égalité entre les légataires, ses neveux. Les 15,000 fr. étant entrés dans le patrimoine du testateur par voie de compensation et rien n'indiquant qu'il révoquait sa libéralité par le fait d'une compensation qui se faisait sans son consentement, il en résultait que le légataire, à défaut du débiteur qui devait acquitter le legs, avait une action contre la succession, enrichie de ces 15,000 francs.

La décision de la cour de Toulouse a été confirmée par la cour de cassation (1).

291. La cour de cassation dit, dans les considérants de l'arrêt, que si le testateur avait indiqué une créance sur un débiteur pour faire face au legs, cette indication était simplement démonstrative, et non limitative. Nous avons examiné plus haut les difficultés auxquelles donne lieu l'indication de la chose par le testateur, selon que cette indication est limitative ou démonstrative (n° 559).

292. Le code ne parle pas d'un cas de caducité que la doctrine a toujours admis, c'est la cessation du motif pour lequel le testateur a fait le legs. On admet que les lois perdent leur force quand tous les motifs qui les ont fait porter viennent à cesser; les motifs étant la cause déterminante de la loi, la loi n'a plus de raison d'être lorsque ces motifs cessent. Il en doit être de même des testaments, qui sont des lois d'intérêt privé. Seulement, pour les dispositions de dernière volonté, il faut appliquer le principe avec une grande réserve; il arrive souvent que le testateur indique sciemment une fausse cause pour colorer le legs ou pour cacher la véritable raison qui le porte à gratifier le légataire. Cette fausse cause ne peut pas nuire au légataire : elle est étrangère à notre principe. Nous supposons que le testateur a légué pour un motif qui existait lors du testament et qui cesse ensuite d'exister. S'il est constant que le testateur n'aurait point légué, en supposant que ce motif n'eût pas existé lors de ses dispositions dernières, il faut décider que le legs tombe avec le motif qui seul le légitime (2).

L'application du principe est souvent très-délicate. Il a été jugé que si le testateur a disposé en vue de circonstances qui ont complétement disparu à sa mort, le testament est frappé de caducité. Un cultivateur non marié et se trouvant à un âge où l'on ne pouvait pas s'attendre à ce qu'il contractât mariage, fait la distribution de ses biens entre ses neveux. Voulant assurer à l'un d'eux la

(1) Toulouse, 9 juin 1864, et Rejet, 20 décembre 1865 (Dalloz, 1866, 1, 154).
(2) Toullier, t. III, 1, p. 359, n° 654.

ferme considérable qu'il exploitait, il fait avec lui un bail et un acte de vente de son mobilier; le testament était destiné à compléter cet arrangement de famille. Puis le testateur se marie; il meurt laissant un enfant, sans avoir révoqué son testament et sans l'avoir détruit. Il a été jugé que le testament était caduc. En effet, le testament était fait en vue de la succession collatérale qui, d'après toutes les prévisions, devait s'ouvrir à la mort du testateur. A sa mort toutes ces prévisions se trouvaient en défaut; le neveu qui devait succéder à son oncle était marié et occupait une autre ferme; le testateur s'était marié et laissait un enfant; il ne s'agissait plus de régler une succession collatérale qui ne s'était pas ouverte, donc le testament tombait, parce qu'il n'avait plus de raison d'être. Il y eut recours en cassation. Le pourvoi soutenait que la cour d'Angers avait déclaré le legs caduc pour survenance d'enfant. Non, dit la cour; l'arrêt attaqué s'est borné à rechercher la volonté et l'intention du testateur, il a constaté que le legs était subordonné à certaines conditions; ces conditions ayant défailli, le legs devenait caduc (1). Le mot de *conditions* n'est pas exact; le legs était pur et simple, mais fait en vue de circonstances qui toutes avaient cessé.

La cour de Bruxelles a appliqué le même principe dans une espèce également très-délicate. La testatrice instituait légataire universel son oncle qui avait été son tuteur; elle faisait des legs particuliers à ses parents paternels. On attaqua le legs universel; il était nul comme fait par un mineur au profit de celui qui avait été son tuteur. Les parents paternels réclamèrent leurs legs. Il a été jugé que les legs particuliers tombaient avec le legs universel. En droit, cela n'est certes pas exact; les legs particuliers doivent être acquittés par la succession lorsque le legs universel devient caduc. Mais la décision de la cour de Bruxelles ne se fonde pas sur le droit, elle se fonde sur l'intention de la testatrice. Il résultait clairement de l'ensemble des dispositions testamentaires que la testatrice

(1) Rejet, chambre civile, 31 juillet 1861 (Dalloz, 1861, 1, 390).

avait fait des legs particuliers à ses parents paternels pour leur tenir lieu de la part qu'ils auraient eue dans la succession *ab intestat*; l'institution d'héritier était donc la cause et l'unique cause des legs ; l'institution tombant, les legs devaient tomber. Il est vrai que parmi les légataires il y avait des cousins qui, dans la succession *ab intestat*, étaient exclus par leur père, l'oncle de la testatrice ; mais, par contre, l'oncle prenait la moitié de l'hérédité, donc il ne pouvait plus rien revenir aux parents paternels, sinon ils auraient annulé la succession testamentaire avec la succession *ab intestat*, ce qui certes eût été contraire à l'intention de la testatrice (1).

ARTICLE 2. A qui profite la révocation, la nullité ou la caducité des legs.

§ Ier. *Principe général.*

293. Les legs sont une charge imposée par le testateur soit aux héritiers légitimes, soit aux légataires universels, à titre universel ou à titre particulier. Si le légataire, pour une cause quelconque, ne peut ou ne veut recueillir le legs, la charge tombe; celui qui devait l'acquitter est donc déchargé. Nous disons : pour quelque cause que ce soit. Si le legs est révoqué par le testateur, l'effet de la révocation est naturellement que le legs étant considéré comme n'ayant pas été fait, il n'y a jamais eu de charge ; le successeur à qui elle avait été imposée ne doit pas l'acquitter, puisque le testateur l'a effacée. Il en est de même si la révocation est demandée en justice; c'est une résolution du legs ; or, l'effet de la résolution est de remettre les parties intéressées au même état que si la disposition n'avait pas existé (art. 1183). La nullité du legs est aussi prononcée par le juge, et elle a le même effet que la résolution; il est de principe que l'acte annulé ne produit aucun effet; la charge résultant du legs est donc censée n'avoir jamais été imposée à celui qui devait l'acquitter en vertu du testament. Telle est également la conséquence de la caducité : si le legs tombe par le prédécès

(1) Bruxelles, 4 décembre 1865 (*Pasicrisie*, 1865, 2, 5).

du légataire, il n'y a jamais eu de legs, donc pas de charge; si le légataire est incapable, il ne peut pas réclamer le legs, partant celui qui devait le payer cesse d'être débiteur, pour mieux dire, il ne l'a jamais été; si le légataire répudie le legs, il est censé n'avoir pas été légataire (art. 784), donc il n'y a jamais eu de charge pour celui qui en était grevé. Il en est de même dans tous les cas où le legs tombe, à moins que ce ne soit par la perte totale de la chose; la chose léguée périt alors pour le légataire tout ensemble et pour celui qui devait la délivrer; encore peut-on dire que celui-ci en profite, car ce qui reste de la chose léguée ainsi que les accessoires lui appartiennent. Pothier a donc raison de formuler le principe dans les termes les plus généraux: « Lorsqu'un légataire ne recueille pas la chose pour quelque cause que ce soit, la chose léguée reste pardevers les héritiers, ou autres qui étaient grevés de la prestation du legs, et ce sont eux qui en profitent (1). »

Le principe est admis par la doctrine (2) et par la jurisprudence; il ne saurait être contesté, puisqu'il découle de la nature même du legs. S'il a donné lieu à des débats judiciaires, c'est qu'on l'a confondu avec le droit d'accroissement. L'erreur est évidente. Quand il y a lieu au droit d'accroissement, il n'y a point de charge, plusieurs légataires sont appelés à la même chose, et l'un faisant défaut, sa part accroît aux autres. On ne peut pas dire qu'il accroisse quoi que ce soit à celui qui était grevé d'une charge quand la charge tombe, car la charge, comme nous venons de le dire, est censée n'avoir jamais existé; il recueille les biens auxquels il est appelé sans délibation aucune, parce qu'il n'y a point de charge. C'est ce que la cour de Bourges a très-bien décidé. C'est une maxime certaine, dit-elle, que le droit de profiter de la caducité des legs est attaché à la charge de les acquitter. Les jurisconsultes fondent cette règle sur la nature des

(1) Pothier, *Des donations testamentaires*, n° 333; *Introduction à la coutume d'Orléans, titre XVI*, n° 141.

(2) Toullier, t. III, 1, p. 378, n° 677; Duranton, t. IX, p. 485, n° 495; Demolombe, t. XXII, p. 320, n° 356; p. 319, n° 354.

choses, parce qu'il est naturel que ceux qui doivent supporter les charges en retirent aussi les avantages éventuels; ils la fondent encore sur la volonté du testateur qui, ayant imposé une charge à son légataire, entend qu'il profite si, par un événement quelconque, cette charge vient à cesser. Ce n'est pas un droit d'accroissement, c'est une charge de moins que le légataire a à supporter (1).

294. L'application du principe ne souffre aucune difficulté lorsque les héritiers légitimes sont grevés de la charge d'acquitter les legs; si le legs, pour une cause quelconque, ne produit pas d'effet, ils sont affranchis du payement; ils cessent d'être débiteurs, puisqu'il n'y a pas de créancier.

S'il y a un légataire universel en concours avec des héritiers non réservataires, il prend la place des héritiers légitimes, il en a les droits et les obligations; les legs sont à sa charge; s'ils sont révoqués, annulés ou caducs, le legs universel en est d'autant moins diminué. Il en serait de même si le légataire universel était en concours avec un héritier à réserve; les legs étant à la charge du légataire universel, c'est lui qui profite de la révocation, de la nullité ou de la caducité des dispositions testamentaires, en ce sens que le legs universel comprend tout, déduction faite de la réserve et des legs. Cette application du principe a cependant été contestée. On a soutenu, devant la cour de cassation, que la succession *ab intestat* pouvant coexister, dans notre droit moderne, avec la succession testamentaire, il en résulte que le légataire ne pouvait recueillir que ce qui lui a été légué; que si des legs particuliers deviennent caducs, le testateur est réputé n'avoir pas disposé des choses ainsi léguées, que dès lors elles restent dans la succession *ab intestat* et appartiennent à l'héritier naturel; le légataire universel ne pourrait les recueillir, à défaut du légataire particulier, que par droit d'accroissement. Cette argumentation ne doit pas avoir fait grande impression sur la cour, car elle ne se donne pas la peine d'y répondre; l'arrêt se

(1) Bourges, 4 juillet 1821 (Dalloz, n° 4376, 1°).

borne à dire que l'institution d'héritier comprend l'universalité des biens du testateur, que, par suite, les legs devenus caducs doivent accroître à l'héritier institué, et non à l'héritier légitime (1). Le langage n'est pas très-exact; si le legs universel comprend *tout*, il est impossible que quelque chose lui *accroisse;* par cela même il n'est pas exact de dire, comme le faisait le pourvoi, que le légataire universel ne peut profiter des legs caducs que par voie d'accroissement; il recueille les legs caducs parce que les choses léguées sont comprises dans le legs universel.

La cour de cassation a consacré le même principe en matière de nullité de legs. Il s'agissait de savoir si le légataire universel a seul le droit de demander la nullité des legs faits par interposition de personnes au profit de corporations religieuses incapables de recevoir à titre gratuit, ou si ce droit appartient aux héritiers légitimes. Il est de principe que l'action en nullité ne peut être intentée que par celui qui y a intérêt, c'est-à-dire par celui qui profitera de l'annulation du legs (n° 276); or, le legs annulé étant censé n'avoir pas été fait, la chose léguée reste à celui qui est appelé à recueillir tous les biens, c'est-à-dire au légataire universel (2).

Dans l'ancien droit, la question était controversée. On était d'accord pour décider que si le testateur commençait par faire un legs universel et s'il faisait ensuite des legs particuliers, le légataire universel profitait de l'extinction des legs particuliers, ceux-ci n'étant que des délibations ou diminutions du legs universel, qui demeure en son entier s'il n'y a pas de délibation. Mais on prétendait que si le testateur commençait par faire des legs particuliers et léguait ensuite le surplus de ses biens à un légataire universel, celui-ci ne pouvait pas profiter des legs caducs, parce que les choses qui y étaient comprises ne lui

(1) Rejet, 20 juillet 1809 (Dalloz, n° 4376, 3°).

(2) Rejet, 3 mars 1857 (Dalloz, 1857, 1, 198). Comparez, 23 décembre 1868 (Dalloz, 1869, 1, 193). Dans l'espèce, la nullité ne fut prononcée qu'à l'égard de l'un des colégataires universels; le legs restait donc valable à l'égard des autres.



avaient pas été léguées. Cette distinction était repoussée par la jurisprudence et par les meilleurs auteurs. Pothier dit avec raison que le legs du surplus des biens, étant un legs universel, comprend même les choses dont le testateur dispose d'abord : qu'importe, en effet, la place à laquelle se trouvent les legs particuliers ; qu'ils précèdent ou qu'ils suivent l'institution d'un légataire universel, toujours est-il que celui-ci est appelé à tous les biens et que par suite les legs particuliers sont nécessairement une délibation du sien, délibation qui laisse tous les biens au légataire universel quand elle reste sans effet (1).

295. Nous avons supposé que le légataire universel concourait avec des légataires à titre particulier. Le même principe reçoit son application lorsque le testateur a fait un legs universel et des legs à titre universel. Cela n'a jamais été contesté lorsque les legs à titre universel consistent dans l'universalité des immeubles ou des meubles délaissés par le défunt ; la délibation est évidente dans ce cas et, par suite, si elle reste sans effet, le légataire universel en doit profiter. Lorsque les legs universels sont d'une quotité du patrimoine, d'un tiers ou d'un quart, on a objecté que de fait le légataire universel n'était que légataire des deux tiers ou des trois quarts ; d'où suivrait que l'extinction des legs à titre universel ne peut lui profiter, qu'elle doit profiter aux héritiers légitimes. L'objection est très-faible ; elle suppose que le legs cesse d'être universel quand il est en concours avec des legs à titre universel, ce qui est une erreur ; les legs à titre universel sont une délibation du legs universel, aussi bien que les legs à titre particulier ; or, dès qu'il y a un legs universel, il comprend tout ce que les autres légataires ne prennent point (2).

296. Le même principe s'applique au legs à titre universel des immeubles qui se trouve en concours avec le legs à titre particulier d'un immeuble ; dans ce cas, le legs particulier est une délibation du legs à titre universel,

(1) Pothier, *Des donations testamentaires*, n° 334. Toullier, t. III, 1, p. 378, n° 679, et tous les auteurs.
(2) Duranton, t. IX, p. 456, n° 456.

d'où la conséquence que l'extinction de ce legs profite au légataire des immeubles. Il en serait de même si un legs particulier était une délibation d'un autre legs particulier. Je lègue à Pierre les immeubles que je possède dans la Flandre orientale; je lègue à Paul une maison que je possède à Gand : les deux legs sont à titre particulier, et comme le second est une diminution du premier, s'il s'éteint par une cause quelconque, l'extinction profitera à celui qui est appelé à recueillir tous les immeubles (1). De même si je lègue à Pierre la nue propriété, n'importe à quel titre, et à Paul l'usufruit, l'extinction du legs de l'usufruit profitera au légataire de la nue propriété, car ce legs comprend implicitement celui de l'usufruit : les héritiers légitimes ne pourraient pas réclamer l'usufruit comme se trouvant dans la succession *ab intestat,* l'usufruit étant virtuellement compris dans le legs de la nue propriété (2).

297. Le principe dont nous venons de déduire les conséquences est fondé sur la volonté du testateur. Le testateur peut manifester une volonté contraire, en déclarant que si le legs qu'il fait est annulé ou devient caduc, il entend que ses héritiers légitimes en profitent. Les héritiers naturels sont appelés, dans ce cas, à la chose léguée, non en vertu de la loi, mais en vertu d'une substitution vulgaire. Il se peut aussi que l'extinction d'un legs particulier ne profite pas à l'héritier légitime; c'est une question d'intention; cela a été décidé ainsi par la cour de Toulouse dans l'espèce suivante. Le défunt laissait un légataire universel et des légataires à titre particulier, parmi lesquels sa mère : celle-ci renonça à son legs pour s'en tenir à sa réserve légale. A qui devait profiter la caducité? Elle ne pouvait profiter à l'héritière naturelle, puisque celle-ci, en présence d'un légataire universel, n'avait droit qu'à sa réserve. Elle ne pouvait profiter au légataire universel, puisque l'intention du testateur était d'imputer le legs sur la réserve; comme le légataire renonçait au legs pour réclamer sa réserve, il y avait lieu

(1) Toullier, t. III, 1, p. 379, nos 681 et 682, et tous les auteurs.
(2) Demolombe, t. XXII, p. 321, no 356.

à réduire tous les legs; c'était donc, en définitive, à la masse que profitait l'extinction d'un de ces legs (1).

Pour que l'on puisse admettre que le légataire universel ne profite pas de la nullité ou de la caducité d'un legs, il faut que le testateur ait clairement manifesté sa volonté à cet égard. L'appréciation de l'intention du testateur est dans le domaine des juges du fait. On a prétendu que le legs fait à l'exécuteur testamentaire, pour exécuter les intentions secrètes du défunt, ne pouvait pas profiter au légataire universel. Le legs était nul comme fait au profit d'une personne incertaine : qui devait profiter de la nullité? Ce n'était pas une délibation du legs universel, disait-on, car la somme dont l'exécuteur avait mission de disposer n'était réellement pas comprise dans son legs; elle devait donc rester dans la succession *ab intestat*. La cour de Limoges n'admit pas cette interprétation; elle dit très-bien qu'un legs universel comprend tout, donc aussi les choses léguées, en cas de nullité du legs. On ne pouvait pas invoquer l'intention du testateur dans l'espèce, puisqu'il ne l'avait pas déclarée et qu'elle ne résultait pas davantage des dispositions du testament, ni des circonstances de la cause (2).

On a soutenu aussi que lorsque le testateur, en instituant un légataire universel, se réserve la disposition de certains biens, ces biens devront revenir aux héritiers légitimes si le testateur meurt sans en avoir disposé. L'article 946 contient une disposition en ce sens quand c'est un donateur entre-vifs qui fait cette réserve; mais cette décision, fondée sur le principe de l'irrévocabilité des donations, ne peut recevoir d'application aux legs. En se réservant de disposer de certains biens, le testateur se réserve une faculté qui lui appartient de droit, celle de diminuer le legs universel par de nouvelles libéralités; s'il ne fait point de legs nouveaux, la vocation du légataire universel subsiste et embrasse tous les biens que le défunt laisse à son décès (3).

(1) Toulouse, 20 juin 1827, et Rejet, 15 juillet 1828 (Dalloz, n° 4378).
(2) Limoges, 20 décembre 1830 (Dalloz, n° 3472, 2°).
(3) Liége, 9 mai 1821 (Dalloz, n° 708, et *Pasicrisie*, 1821, p. 377).

La cour de Liége l'a décidé ainsi. En droit, la décision est irréprochable. Le contraire a été jugé par la cour de Dijon et, sur le pourvoi, il est intervenu un arrêt de rejet C'est que la question est, avant tout, une question d'intention. Comme le dit très-bien la cour de Dijon, le legs universel embrasse sans doute tous les biens que le testateur laissera à son décès, mais il est libre de disposer de son patrimoine comme il l'entend ; il peut donc excepter de la disposition universelle qu'il fait une somme ou des objets déterminés. Or, dans l'espèce, la réserve de disposer impliquait une exception ; ce qui était décisif (1).

298. La révocation, la nullité ou la caducité d'un legs entraînent-elles l'extinction des libéralités que le testateur a mises à charge du legs qui reste sans effet par une cause quelconque? On enseigne généralement que les legs accessoires subsistent, quoique le legs principal auquel ils sont attachés vienne à tomber. La seule raison que donnent les auteurs est que, dans notre droit, l'institution d'héritier n'étant plus de l'essence du testament, les legs peuvent très-bien valoir, quoique l'institution d'héritier soit anéantie. Cela est évident en droit. Mais, comme nous l'avons dit bien des fois dans cette matière, il s'agit moins d'un point de droit que de l'intention du testateur. On ne peut donc pas poser de règle générale ; ce serait établir une présomption, et le législateur seul a le droit de présumer la volonté du testateur, les juges doivent rechercher dans chaque espèce quelle est la volonté du disposant, ils ne sont liés par aucune présomption (2).

La jurisprudence, bien qu'elle n'ait pas toujours la précision que la doctrine aime, est favorable à notre opinion. Un légataire grevé d'une pension viagère de 1,000 francs renonce à son legs : en résultera-t-il que le sous-legs de la pension deviendra caduc? La cour de Pau s'est prononcée pour le maintien du sous-legs, mais elle ne décide pas la question en droit, elle recherche l'intention du dé-

(1) Dijon, 25 avril 1845, et Rejet, 11 mars 1846 (Dalloz, 1846, 1, 219).

(2) Duranton, t. IX, p. 457, n° 457 ; Aubry et Rau, t. VI, p. 199 et suiv., n°s 19 et 21. Demolombe, t. XXII, p. 322, n 398.

funt et constate que le testateur, à raison de l'affection qu'il portait au légataire, tenait au sous-legs bien plus qu'au legs principal; ce qui était décisif (1). Un autre arrêt décide que le code ne contient aucune disposition qui déclare caducs les legs particuliers *par cela seul* que le legs universel serait frappé de caducité; cela est de toute évidence, et nous n'avons garde de dire le contraire. Mais suit-il de là que nécessairement les legs particuliers ou sous-legs subsistent alors que le legs principal tombe? La cour de Rennes ne dit pas cela, et elle ne pourrait le dire sans présumer que la volonté du testateur est, dans tous les cas, de maintenir les sous-legs, et la volonté du défunt peut varier d'une espèce à l'autre; il faut donc en abandonner l'appréciation au juge (2).

La volonté du testateur de maintenir le sous-legs, au cas où le legs principal deviendrait caduc, peut s'induire de la nature de la chose léguée. Celui qui lègue une pension viagère à l'une de ses nièces comme charge du legs universel fait à l'autre, n'entend pas que le sous-legs tombe quand le légataire universel vient à prédécéder. La cour de Nîmes l'a jugé ainsi, mais elle a tort, à notre avis, d'invoquer le principe de droit d'après lequel la caducité de l'institution d'héritier n'entraîne pas la nullité du legs, sous l'empire du code civil (3); ce n'est pas une question de droit, c'est une question de fait.

La même question s'est présentée dans une espèce où la forme du sous-legs soulevait un doute. Il était dit dans le testament que le testateur léguait une rente viagère de 8,000 francs à un parent, dont 1,000 francs à sa mort seraient réversibles sur la tête de sa femme. Le légataire étant prédécédé, les héritiers prétendirent que la rente était éteinte pour le tout, puisque la rente de 1,000 francs faisait partie de la rente de 8,000 francs. Il a été jugé que, quoique comprises dans une même clause, les deux rentes étaient distinctes et indépendantes l'une de l'autre. La cour de Paris se fonde sur l'intention du testateur

(1) Pau, 24 juin 1862 (Dalloz, 1863, 2, 152).
(2) Rennes, 14 mai 1825 (Dalloz, n° 3603, 3°).
(3) Nîmes, 16 août 1865 (Dalloz, 1866, 2, 127).

pour maintenir le sous-legs, malgré la caducité du legs principal; et c'est aussi pour ce motif que la cour de cassation prononça un arrêt de rejet, l'interprétation de volonté qui servait de fondement à l'arrêt attaqué rentrant dans le pouvoir souverain des juges du fait (1).

§ II. *Exceptions. Du droit d'accroissement.*

Nº 1. THÉORIE DU CODE.

299. Le principe que nous venons de développer reçoit plusieurs exceptions en vertu de la volonté du testateur. S'il prévoit lui-même le cas où le légataire ne peut ou ne veut recueillir le legs, et s'il appelle un tiers à recueillir la chose léguée, c'est ce légataire substitué au premier qui profitera de l'extinction du legs. C'est ce que l'on appelle une substitution vulgaire. Nous y reviendrons (art. 898). Il y a une autre substitution qui porte le nom de fidéicommissaire et qui implique une substitution vulgaire, c'est-à-dire que si l'institué ne vient pas au legs, le substitué y vient, parce qu'il y est appelé par la volonté du testateur. Nous traiterons cette difficile matière plus loin. La troisième exception a lieu en cas d'accroissement.

300. Aux termes de l'article 1044, il y a lieu à accroissement au profit des légataires dans le cas où le legs est fait à plusieurs conjointement. Si l'un des légataires conjoints ne veut ou ne peut venir au legs, la part qu'il y aurait eue ne profitera pas au débiteur du legs, elle sera dévolue à ses colégataires. Je lègue ma ferme à Pierre et à Paul. Paul ne vient pas au legs; s'il y était venu, il aurait eu la moitié, cette moitié ne profite pas à celui qui est chargé du legs, elle accroît au colégataire Pierre, en ce sens qu'il a droit à toute la ferme.

Pourquoi la part du légataire conjoint profite-t-elle au colégataire, de préférence à l'héritier débiteur du legs? On répond que c'est l'identité de l'objet légué à plusieurs personnes qui forme la condition essentielle de toute vé-

(1) Rejet, 19 novembre 1860 (Dalloz, 1861, 1, 265).

ritable conjonction et qui est la base du droit d'accroissement. C'est la théorie de Ricard. « L'accroissement, dit-il, peut seulement avoir son effet lorsqu'une même chose est léguée à deux ou plusieurs individus indivisément et solidairement et que le partage et la division ne s'en doivent faire que par le concours des colégataires; de sorte que s'ils concourent tous, comme par ce concours la solidité est ôtée et le partage fait, le droit d'accroissement n'a point lieu; mais si l'un des colégataires ne vient point prendre sa part, la division ne se fait point, et la solidité demeure à ceux qui recueillent ce legs, qui est ce que nous appelons droit d'accroissement (1). »

Cette théorie peut être admise avec une explication. A qui doit profiter la révocation, la nullité ou la caducité d'un legs? Nous avons dit que c'est avant tout une question d'intention. C'est la volonté du testateur qui dispose de ses biens; c'est aussi cette volonté qui décide à qui appartiendra la chose ou la part dans la chose léguée si le légataire ou le colégataire fait défaut. Le principe est incontestable, puisque la volonté du testateur est la loi des légataires. Donc, alors même qu'il y aurait conjonction, telle que Ricard la définit, si une même chose était léguée pour le tout à deux personnes, il dépend du testateur de déclarer qu'il n'y aura pas d'accroissement et que la part du légataire qui fera défaut appartiendra à un substitué, ou profitera à l'héritier débiteur du legs. Puisque tout dépend de la volonté du testateur, il faut décider que l'accroissement aussi a lieu par sa volonté; seulement sa volonté n'est pas déclarée d'une manière expresse, elle se manifeste par la manière dont le legs est conçu; en léguant la même chose, par une même clause, à deux personnes, il la lègue pour le tout à chacune d'elles; il veut donc que celui des légataires qui viendra seul au legs ait toute la chose, de préférence à l'héritier chargé d'acquitter le legs (2). Mais comme sa volonté ne s'exprime

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 202, note 29 du § 726. Ricard, III[e] partie, n° 445

(2) Duranton, t. IX, p. 487, n° 498. Mourlon, t. II, p. 394. Bruxelles 26 novembre 1868 (*Pasicrisie*, 1869, 2, 78).

que par la manière dont le legs est formulé, il en faut conclure que ce n'est qu'une volonté présumée. C'est en ce sens que les articles 1044 et 1045 sont rédigés. La loi commence par dire qu'il y a lieu à accroissement au profit des légataires dans le cas où le legs sera fait à plusieurs conjointement. C'est une disposition impérative en apparence; en réalité, la loi ne fait que présumer que la part du colégataire conjoint qui ne vient pas au legs doit accroître à son colégataire. En effet, tout dépend du point de savoir s'il y a conjonction. Or, en énumérant les cas dans lesquels il y a conjonction, la loi emploie le terme qui marque une présomption : « le legs sera *réputé* fait conjointement » (art. 1044 et 1045). Donc, en définitive, l'accroissement repose sur une volonté présumée, dans les deux cas où le code l'admet.

Il résulte de là des conséquences très-importantes. D'abord lorsque le législateur présume la volonté des parties, il est libre à celles-ci de manifester une volonté contraire, la volonté expresse l'emportant toujours sur la volonté présumée; donc le testateur peut déclarer qu'il n'y aura pas lieu au droit d'accroissement dans les cas où la loi, en se fondant sur sa volonté probable, décide qu'il y a lieu à accroissement. De même le testateur peut dire que l'accroissement se fera dans les cas où, d'après le code, on présume que la volonté du testateur est qu'il n'y ait point d'accroissement. Sur ce premier point, il n'y a aucun doute, c'est l'application du principe qui domine la matière des legs : la volonté du testateur fait loi; le législateur n'intervient que pour l'interpréter quand le défunt ne l'a pas formellement exprimée. Mais cette interprétation n'étant basée que sur des probabilités peut être combattue par la preuve contraire. C'est le droit commun en matière de présomptions, et les articles 1044 et 1045 n'établissent que des présomptions. Nous aboutissons à une conséquence qui diminue de beaucoup l'importance que l'on a toujours attachée aux règles qui régissent l'accroissement; ces règles n'ont rien d'absolu, tout dépend de l'intention du disposant, et l'on peut invoquer la volonté du défunt contre les règles que la loi a établies, en interprétant l'intention

du testateur d'après la forme qu'il a donnée à sa pensée. C'est dire que, dans l'accroissement comme dans toute la matière des legs, le fait l'emporte sur le droit. Cela est fondé en droit et en raison : en droit, la volonté du testateur tient lieu de loi : en raison, on ne doit pas attacher à la formule dont le testateur se sert une importance trop grande, car les testateurs ignorent les subtilités et jusqu'aux notions les plus élémentaires du droit. Il faut donc laisser de côté ces subtilités, si l'on ne veut méconnaître la volonté du testateur. Nous en avons déjà fait la remarque, et l'on ne saurait trop la répéter (1).

301. Pour comprendre les présomptions établies par les articles 1044 et 1045, il faut connaître les distinctions que l'on admettait dans l'ancien droit. Nous n'entendons pas faire l'histoire du droit d'accroissement, elle est complétement inutile pour l'explication du code; nous serions tenté de dire que le jurisconsulte fait bien d'oublier tout ce que l'étude du droit romain lui a appris en cette matière; les mœurs et les habitudes romaines ne sont plus les nôtres; et quand il s'agit d'interpréter la volonté des hommes, il faut rechercher ce qu'ils pensent et veulent aujourd'hui, et non ce qu'ils voulaient et pensaient il y a deux mille ans. La seule chose qu'il importe de se rappeler, ce sont les cas dans lesquels on admettait jadis le droit d'accroissement et les formules traditionnelles qui servent à exprimer ces cas.

On distinguait trois cas de conjonction et, par suite, d'accroissement. Le premier est connu sous le nom de conjonction *re et verbis*. Je lègue ma ferme à Pierre et à Paul. Les deux légataires sont doublement conjoints; ils le sont par l'identité de la chose qui leur est léguée indivisément et solidairement, comme disait Ricard; ils le sont encore parce que c'est une seule et même clause qui les unit; ils sont donc conjoints par la chose et par la formule du legs, *re et verbis*. Le droit d'accroissement n'était pas douteux dans ce cas, puisque chaque légataire était appelé à toute la chose.

(1) Comparez Coin-Delisle, p. 512, n° 3 de l'article 1044. Marcadé, t. IV, p. 141, n° IV de l'article 1044.

La conjonction avait lieu *verbis tantum* lorsque le testateur léguait la même chose à plusieurs par une seule et même clause, mais avec désignation de parts. « Je lègue ma ferme à Pierre et à Paul, à chacun pour moitié. » Les deux légataires ne sont conjoints que parce qu'ils se trouvent institués par une seule et même disposition; mais il n'y a pas de conjonction quant à la chose léguée, il y a plutôt deux legs : Pierre est légataire d'une moitié et Paul est légataire de l'autre moitié. Puisqu'ils ne sont pas appelés au tout, il est impossible qu'ils aient le tout; si donc l'un fait défaut, la moitié de la ferme ne peut pas accroître à l'autre, car elle ne lui a pas été léguée.

Enfin la conjonction avait lieu *re tantum* lorsque le testateur léguait un seul et même corps certain et déterminé à plusieurs personnes, mais par des clauses distinctes et séparées. Je dis, dans une première clause, que je lègue ma ferme à Pierre; par une seconde clause, je lègue cette même ferme à Paul; ils sont conjoints *re*, par l'identité de la chose, puisque c'est la même ferme qui est donnée aux deux légataires. Mais ils ne sont pas conjoints *verbis*, puisqu'ils sont institués par des clauses différentes. Si l'un d'eux faisait défaut, l'autre avait droit à toute la ferme, parce qu'elle lui avait été léguée tout entière.

302. Le code a-t-il consacré l'ancienne théorie? Il admet le droit d'accroissement quand les légataires sont conjoints *re et verbis*; c'est le cas prévu par l'article 1044. Le legs est fait par une seule et même disposition; donc les légataires sont conjoints *verbis*. Le testateur n'a pas assigné la part de chacun des colégataires dans la chose léguée; donc chacun est appelé à toute la chose, ils sont donc conjoints *re*. A raison de cette double conjonction, la loi admet le droit d'accroissement lorsque l'un des colégataires ne peut ou ne veut venir au legs.

Par cela même la loi n'admet pas le droit d'accroissement lorsque le testateur a assigné la part de chacun des colégataires dans la chose léguée, bien qu'ils soient institués par une seule et même disposition. Dans la théorie du code, la conjonction *verbis tantum* n'est pas une conjonction, et par suite il n'y a pas d'accroissement.

L'article 1045 prévoit le cas de conjonction *re tantum*. Une chose est donnée par le même acte à plusieurs personnes, mais séparément, c'est-à-dire par dispositions séparées, distinctes; le code n'admet la conjonction et, par suite, le droit d'accroissement que sous une condition, c'est que la chose ne soit pas susceptible d'être divisée sans détérioration.

Le code déroge donc à l'ancien droit pour la conjonction *verbis tantum* et pour la conjonction *re tantum*. Quels sont les motifs et surtout quelle est la portée de ces dérogations? C'est ce que nous allons voir en examinant les divers cas dans lesquels il y a lieu au droit d'accroissement.

N° 2. QUAND Y A-T-IL LIEU AU DROIT D'ACCROISSEMENT?

I. *De la conjonction* re et verbis.

303. Quand une seule et même chose est léguée à plusieurs personnes par une seule et même proposition, les légataires sont conjoints, c'est-à-dire, comme l'explique Pothier, qu'ils sont légataires du total de la chose. Lorsque l'un et l'autre viennent au legs, il se fait nécessairement des parts, puisque la chose ne peut appartenir à chacun d'eux pour le total. Mais si l'un des légataires fait défaut, l'autre aura le tout; pourquoi? *Jure accrescendi*, répond Pothier, ou plutôt *jure non decrescendi*, car chacun des colégataires étant légataire du total de la chose, il prend le total par cela seul qu'à défaut de concours il ne se fait point de parts. C'est donc improprement que l'on appelle *accroissement* le droit en vertu duquel le légataire resté seul prend toute la chose. Il ne lui accroît rien, car il était appelé au total de la chose. Il ne lui décroît rien, parce que son colégataire ne concourt pas avec lui (1).

304. S'il y a conjonction et, par suite, accroissement, pour mieux dire, non-décroissement, pourquoi l'article 1044 dit-il que le legs sera *réputé* fait conjointement?

(1) Pothier, *Des donations testamentaires*, n° 340.

L'expression n'est pas très-exacte : la conjonction est certaine; ce qu'il y a d'incertain, c'est l'intention du testateur : a-t-il voulu que la part du légataire qui fait défaut profite à son colégataire? Cela est probable, et c'est à raison de cette probabilité que le législateur présume que telle est la volonté du testateur. Mais ce n'est qu'une présomption, le testateur peut manifester une volonté contraire. C'est ce que Furgole enseignait déjà dans l'ancien droit. Le testateur, dit-il, peut sans contredit prohiber le droit d'accroissement qui résulte de la conjonction; il peut déroger aux effets qu'elle produit et pourvoir autrement, selon sa volonté et comme il le trouve à propos. C'est de quoi tous les auteurs demeurent d'accord. Cette prohibition, continue Furgole, peut être faite ou expressément, en disant qu'il ne veut pas que le droit d'accroissement ait lieu entre les colégataires, ou en ordonnant que les portions vacantes demeureront dans l'hérédité, ou bien en substituant aux portions vacantes, parce que la substitution produit un droit plus fort que le droit d'accroissement (1). Pourquoi le droit résultant de la substitution est-il plus fort? Parce que c'est la volonté expresse du testateur, et la volonté expresse l'emporte sur la volonté présumée.

Les auteurs modernes enseignent la même doctrine (2) et la jurisprudence est d'accord. Mais est-il exact, comme le dit la cour d'Agen, que la présomption de la loi ne peut être détruite que par une preuve contraire résultant d'un écrit (3)? Quand la loi admet la preuve contraire, elle entend les preuves légales telles que le code les consacre, c'est donc le droit commun qui doit recevoir son application; or, le droit commun, quand il s'agit de l'interprétation d'un testament, est que la volonté du testateur doit être cherchée dans les clauses du testament et dans les circonstances de la cause qui les expliquent.

(1) Furgole, *Des testaments*, chap. IX, nº 114 (t. III, p. 361).
(2) Aubry et Rau, t. VI, p. 207 et note 40. Demolombe, t. XXII, p. 359, nº 385.
(3) Agen, 27 novembre 1850 (Dalloz, 1851, 2, 19).

II. *De la conjonction* verbis tantum.

305. L'article 1044 exclut, en principe, l'accroissement lorsque les légataires sont conjoints *verbis tantum*. C'était l'opinion de Pothier, conforme à celle de Cujas. Si, dit-il, le testateur assigne, à chacun des légataires auxquels il lègue la même chose, une part dans cette chose, ces légataires ne sont pas proprement colégataires, étant légataires chacun de leur part, et il n'y a pas lieu au droit d'accroissement entre eux. Pothier ajoute qu'il y a néanmoins quelques interprètes qui ont prétendu qu'il y avait lieu au droit d'accroissement dans ce cas, mais que le sentiment contraire, qui est celui de Cujas, est plus conforme aux principes ; car le testateur ayant assigné des parts dans la chose léguée aux légataires, ceux-ci ne sont légataires que de cette part qui leur a été assignée; ils ne peuvent pas réclamer ce qui ne leur a pas été donné. Pothier ajoute cette restriction : « à moins qu'ils ne prouvent, par quelques circonstances, que le testateur a voulu le leur accorder (1). »

306. Les auteurs modernes et la jurisprudence ont donné une interprétation plus large à la conjonction *verbis tantum*. Ils rejettent le droit d'accroissement lorsque l'assignation de parts porte sur l'institution même des légataires; dans ce cas, les légataires ne sont appelés qu'à une portion déterminée de la chose léguée ; il y a réellement autant de legs que de parts, donc l'un des légataires ne peut pas recueillir ce qui ne lui a pas été légué. Mais l'assignation de parts peut aussi porter sur l'exécution du legs, c'est-à-dire sur le partage que les légataires devront faire de la chose léguée si tous recueillent le legs; si les légataires sont institués pour le tout, qu'importe que le testateur ait réglé le partage? L'exécution ne peut pas limiter le legs quand il n'est pas limité par l'institution. Le legs reste donc ce qu'il était, il a pour objet toute la chose léguée, donc il y a conjonction et, par

(1) Pothier, *Des donations testamentaires*, nos 349, 350.

suite, accroissement (1). Avant d'apprécier cette interprétation de l'article 1044, nous devons voir quelles applications la jurisprudence en a faites.

307. Le testateur dit qu'il institue héritiers pour une partie son frère et pour l'autre moitié son neveu. Il a été jugé qu'il n'y a pas lieu au droit d'accroissement. L'assignation de parts porte sur l'institution, puisque chacun des légataires n'est institué que pour moitié; la moitié léguée au neveu ne peut pas revenir au frère, parce qu'elle ne lui a pas été donnée; n'étant appelé qu'à la moitié, il ne peut jamais obtenir plus que la moitié (2). Jugé dans le même sens par la cour de cassation que le legs fait par moitié à deux institués de tout ce que le testateur laissera à son décès, ne donne pas lieu à l'accroissement. Mais il importe de constater les termes de l'arrêt. La cour ne dit pas, comme font les auteurs, que l'assignation qui tombe sur la disposition ne donne pas lieu à l'accroissement. Elle commence par dire que la règle principale à suivre dans l'interprétation des testaments, c'est la volonté du testateur, et que l'interprétation de la volonté du testateur est une question de fait. Puis, quand elle arrive au moyen tiré de l'article 1044, elle décide qu'aux termes de l'article 1044 les légataires étaient conjoints *verbis*, mais non pas *re*, d'où l'on *pourrait* conclure qu'il n'y avait pas lieu au droit d'accroissement entre eux. La cour ne se contente pas de cet argument de droit, elle ajoute qu'il est permis au testateur de déroger au droit d'accroissement; or, dans l'espèce, la cour d'appel avait constaté que le testateur n'avait jamais voulu donner plus, au légataire qui réclamait toute l'hérédité par droit d'accroissement, que la moitié de cette hérédité; d'où résultait que l'annulation du legs fait à l'un des légataires devait profiter aux héritiers légitimes (3). Cela revient à dire que l'accroissement est, avant tout, une question d'intention du disposant.

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 202 et suiv., notes 31, 32, § 726, et les auteurs qui y sont cités.
(2) Turin, 23 août 1808 (Dalloz, n° 4413, 1°).
(3) Rejet, 18 mai 1825 (Dalloz, n° 251).

Le testateur lègue à deux sœurs, pour moitié entre elles, 70 mesures de terre; l'une des légataires prédécède, l'autre a-t-elle droit à toutes les mesures léguées? Il a été jugé par la cour de Douai qu'il n'y avait pas lieu à accroissement; elle juge en droit, en donnant comme motifs ceux que nous avons exposés (n° 306) d'après la doctrine généralement reçue. C'est dans l'institution même, dit l'arrêt, immédiatement après la nomination des deux légataires et avant la désignation de la chose léguée, que le testateur divise le legs par moitié. Mais la cour adopte aussi les motifs du jugement; or, les juges de première instance s'étaient fondés sur la volonté du testateur telle qu'elle résultait des diverses dispositions de son testament, bien plus que sur l'article 1044; le défunt avait fait plusieurs legs en faveur de deux personnes : dans les uns, il marquait les parts; dans les autres, il ne les marquait pas; donc les legs avec parts étaient des legs divisés, distincts, à raison de chaque part; ce qui excluait l'accroissement (1). C'est dire que l'intention joue le grand rôle dans l'accroissement, plutôt que la loi.

Le dernier arrêt que la cour de cassation a rendu sur la matière est conçu dans le même sens. Après avoir fait divers legs particuliers, le testateur dit : « Pour le surplus de mes propriétés, bois, prés, vignes, champs, usines, je le donne et lègue à mes frères par moitié. L'un des frères mourut avant le testateur. Y avait-il lieu au droit d'accroissement? Non, dit la cour; d'abord parce que la désignation de parts est contenue dans l'institution même du legs; il en résulte qu'il y avait un legs distinct et séparé pour chacun des deux frères, ce qui empêchait la solidarité des legs, condition nécessaire pour que le décès de l'un des légataires avant le testateur donne lieu à accroissement. La cour ne s'en tient pas à cette décision fondée sur l'article 1044; elle ajoute que l'arrêt attaqué

(1) Douai, 6 août 1846 (Dalloz, 1848, 2, 121). Comparez Douai, 10 novembre 1848 (Dalloz, 1851, 5, 473), et un arrêt de Paris, fondé tout entier sur l'intention du testateur, que la cour recherche non-seulement dans le testament litigieux, mais encore dans un testament antérieur, nul. Paris, 22 mars 1859 (Dalloz, 1859, 2, 32).



a fait une appréciation des dispositions du testament et en a tiré la conséquence que le testateur avait eu l'intention de donner à chacun de ses frères la moitié de la chose léguée, et non de leur léguer solidairement la totalité de ce qui faisait l'objet de la disposition (1). Ainsi l'intention des parties est prise en considération, aussi bien que la disposition de la loi : en définitive, la désignation des parts des légataires n'est pas un motif absolu de décider, elle n'est invoquée que comme exprimant l'intention du testateur.

308. D'ordinaire les testateurs, quand ils instituent plusieurs légataires, ajoutent cette clause ou cette expression : *par égales portions*. Est-ce une assignation de parts, dans le sens de l'article 1044? Si l'on répondait affirmativement, on méconnaîtrait le plus souvent l'intention du disposant; il a voulu léguer le total de la chose à chacun de ses légataires; s'il dit qu'il les appelle par égales portions, ou qu'ils partageront par égales portions, ce n'est pas pour faire autant de legs qu'il y a de copartageants, c'est une expression inutile; mais de ce qu'elle est inutile il faut se garder de lui donner un autre sens, d'après lequel la part de celui qui ne vient pas au legs reviendrait aux héritiers légitimes. Voilà la question qu'il faut se faire quand il s'agit d'interpréter un legs fait à plusieurs : le testateur préfère-t-il ses légataires à ses héritiers légitimes? Nous ne craignons pas de nous tromper en affirmant que le plus souvent la réponse sera affirmative.

Cela est si évident, que la cour de cassation a cassé à plusieurs reprises, en se fondant sur les termes de l'article 1044 des arrêts qui décidaient qu'il y avait assignation de parts quand le testateur disait : *par égales portions*. Dans la première espèce jugée par la cour suprême, le testateur avait, par une seule et même disposition, institué héritiers universels son frère et ses deux sœurs, en ajoutant la clause banale : « pour jouir et disposer de ladite hérédité par *égales portions* ». Cette expression, dit

(1) Rejet, 19 février 1861 (Dalloz, 1861, 1, 261).

la cour, n'altère pas l'institution conjonctive qui comprend les trois frères et sœurs auxquels l'hérédité est léguée; elle n'annonce d'aucune manière que le testateur ait fait des parts et ait assigné une quote à chacun des héritiers qu'il instituait; au contraire, en les instituant tous ses héritiers universels, il voulait que sa succession fût partagée également entre ceux qui profiteraient de l'institution (1). L'arrêt a été rendu sur les conclusions de Daniels; il fait une juste appréciation de l'intention du testateur. Fait-il aussi une juste application de l'article 1044? C'est ce que nous dirons plus loin.

Les cours d'appel commencèrent par résister à la jurisprudence de la cour de cassation; elles invoquaient le texte de la loi, argument tout-puissant. L'article 1044 ne distingue pas entre l'assignation de parts qui tombe sur la disposition et celle qui tombe sur l'exécution. Dire que l'expression ou clause de *parts égales* n'est pas une assignation de parts, c'est l'effacer du testament, car elle n'a plus aucun sens dans cette distinction. La cour de Pau décida, en conséquence, qu'il n'y avait pas lieu à l'accroissement. En droit, elle pourrait bien avoir raison; mais la cour de cassation, de son côté, a raison en disant que cette décision était contraire à l'intention du disposant. Le testateur avait institué héritiers universels son frère et sa sœur, en ajoutant « pour par eux jouir et disposer de mes biens *par égales portions* ». Quelle était la pensée du disposant? Voulait-il assigner une part à chacun d'eux? Non; seulement dans le cas où ils lui survivraient, il voulait que ses biens fussent également partagés entre eux. La cour en conclut qu'il n'y avait pas assignation de parts et que, par suite, l'arrêt attaqué avait violé l'article 1044 (2). Il serait plus juste de dire que la volonté du défunt était violée.

Dans ses derniers arrêts, la cour de cassation insiste de plus en plus sur l'intention du testateur; la loi disparaît, c'est la volonté du disposant qui en tient lieu. Que

(1) Cassation, 19 octobre 1808 (Dalloz, n° 4414, 1°).
(2) Cassation, 14 mars 1815 (Dalloz, n° 4414, n° 3). Comparez cassation 18 décembre 1832 (Dalloz, n° 4414, 6°).

dit l'article 1044? Il pose comme règle qu'il y a lieu à accroissement au profit des légataires dans le cas où le legs sera fait à plusieurs conjointement. La cour dit que c'est le seul principe *absolu* que le code pose en matière d'accroissement. C'est même trop dire; le principe n'est pas aussi absolu qu'il en a l'air, car tout dépend du point de savoir quand il y a conjonction; et sur ce point la loi ne s'exprime pas d'une manière absolue. La cour l'avoue. Pour savoir s'il y a assignation de parts, il faut rechercher quel sens le législateur a attaché à ses expressions lorsqu'elles sont douteuses; ce qui, dit l'arrêt, laisse une juste place à l'appréciation des juges du fait et *à la recherche de l'intention du testateur* (1).

Le dernier arrêt rendu par la chambre des requêtes est le plus significatif. Dans l'espèce, le testateur, après avoir légué à sa femme l'usufruit de tous ses biens, instituait pour ses héritiers plusieurs de ses neveux et nièces, non par portions égales, mais dans des proportions inégales, l'un pour un quart, les autres pour un huitième, d'autres pour un dixième. Un des légataires pour un dixième prédécéda : des héritiers légitimes, neveux aussi, mais exclus, demandèrent que ce dixième leur fût attribué comme étant rentré dans la succession *ab intestat;* le tribunal de première instance et la cour d'appel décidèrent qu'il y avait lieu à accroissement, malgré l'assignation de parts inégales aux divers légataires. Ils se fondaient sur ce que les légataires étaient tous institués héritiers, par conséquent légataires universels appelés à recueillir toute l'hérédité, à l'exclusion des parents du même degré, neveux aussi, mais déshérités; donc, dans l'intention du disposant, les neveux institués devaient se partager son hérédité dans les proportions qu'il indiquait; si l'un faisait défaut, sa part devait-elle profiter aux autres légataires ou aux neveux exclus? La donner aux neveux exclus, c'eût été violer manifestement l'intention du testateur qui,

(1) Rejet, 9 mars 1857, rendu sur le rapport de Bayle-Mouillard (Dalloz, 1857, 1, 213). Comparez, eu sens contraire, Toullier, t. III, 1, p. 386, n° 692, Duranton, t. IX, p. 489, n° 502; Aubry et Rau, t. VI, p. 203, note 32; Demolombe, t. XXII, p. 312, n° 374.

dans un premier testament, avait exclu ces mêmes neveux, en déclarant que si l'une des branches faisait défaut, les autres légataires en devaient profiter. L'intention du testateur était évidente, mais comment la concilier avec le texte de l'article 1044? Le tribunal de première instance dit que le droit d'accroissement est basé sur la volonté du testateur; que l'article 1044 établit une présomption de volonté, mais n'exclut pas d'autres manifestations de cette même volonté. Pourvoi en cassation fondé sur la violation de l'article 1044. La cour rejette, en décidant que le code Napoléon n'a pas édicté de formules sacramentelles et exclusives en matière d'accroissement; elle en conclut que la volonté du testateur doit produire les mêmes effets, soit que le disposant l'exprime formellement, soit qu'elle se déduise de l'ensemble de ses dispositions. C'est dire que tout dépend de l'intention du testateur. La cour, en effet, prend soin de constater que le juge du fait a recherché l'intention du testateur dans les termes du testament, dans le rapprochement de ses diverses clauses et dans les documents du procès; qu'il en a conclu que la volonté du disposant a été d'exclure absolument et dans tous les cas les neveux qu'il ne nommait pas dans son testament et que, par suite, l'universalité de la succession devait être recueillie par les légataires dans les proportions établies par le testament (1).

309. Les cours d'appel ont adopté la jurisprudence de la cour de cassation; elles admettent l'accroissement, malgré l'assignation de parts, lorsque telle est l'intention du testateur. C'est décider en fait plutôt qu'en droit. La cour de Pau écarte l'article 1044; il dit bien que le legs est réputé fait conjointement lorsqu'il a été fait dans une même disposition et sans assignation de parts; mais on ne doit pas en conclure que la loi rejette l'accroissement lorsque le testateur, tout en comprenant plusieurs légataires dans la même disposition, indique la portion dans laquelle il entend qu'ils exercent les droits qu'il leur confère; c'est l'intention du testateur qui décide s'il y a ou

(1) Rejet, 27 janvier 1868 (Dalloz, 1869, 1, 400).

non conjonction et, par suite, accroissement. Dans l'espèce, le testateur disait : « J'institue pour mes héritières générales et universelles mes deux sœurs *par portions égales*, pour recueillir ma succession intégrale après mon décès. » L'intention du disposant n'était pas douteuse; il voulait que sa succession ne fût recueillie que par ses sœurs; par conséquent elle devait profiter à la survivante si l'une prédécédait (1).

Les cours recherchent l'intention du testateur, non-seulement dans les termes du testament, mais dans toutes les circonstances de la cause. Un testateur lègue à ses deux sœurs la portion qui lui revient dans l'héritage paternel; preuve, dit la cour d'Aix, qu'il a voulu que ses biens restassent dans sa famille. Peu importe donc que l'une des légataires prédécède; l'autre doit profiter de la caducité, sinon le but du testateur ne serait pas atteint. C'est sur l'ensemble des circonstances résultant de la cause que la cour se fonde pour admettre l'accroissement (2).

310. La cour de Bruxelles a rendu, en matière d'accroissement, un arrêt que l'on a interprété en sens divers, preuve qu'il n'est pas très-clairement rédigé. Elle commence par poser le vrai principe : c'est que l'accroissement a lieu, non par l'autorité de la loi, mais par la seule volonté du testateur. Comme l'intention du disposant est souvent douteuse, le législateur a établi des présomptions dans le but de prévenir le retour des anciennes controverses. Quelle est l'autorité de ces présomptions? La cour répond qu'à défaut de clause expresse prévoyant le cas d'accroissement, le juge doit s'en tenir exclusivement aux présomptions de la loi et repousser toute preuve offerte par des colégataires pour établir que le testateur aurait voulu d'un accroissement entre eux. Cette proposition est trop absolue; la cour de cassation l'a écartée pour s'en tenir à d'autres considérants de l'arrêt attaqué. Il est de principe élémentaire, comme nous le dirons au titre des

(1) Pau, 18 décembre 1834 (Dalloz, n° 4414, 4°). Comparez Paris, 22 juin 1833 (Dalloz, n° 4414, 6°).
(2) Aix, 14 décembre 1832 (Dalloz, n° 4414, 7°). Comparez Aix 17 mars 1858 (Dalloz, 1859, 2, 51); Bordeaux, 7 janvier 1841 (Dalloz, n° 4415, 2°).

Obligations, que les présomptions légales admettent la preuve contraire; la cour de Bruxelles, décidant que l'article 1044 établit des présomptions légales en matière d'accroissement, devait donc admettre les légataires à prouver que, dans l'intention du testateur, il y avait lieu au droit d'accroissement; elle-même ne dit-elle pas que l'accroissement dépend de l'intention du testateur? et l'intention présumée ne doit-elle pas céder devant l'intention prouvée?

La cour examine aussi la question en fait. Dans l'espèce, le testateur, ancien avocat général, avait institué pour *ses héritiers* sa sœur, sa nièce et son neveu, puis il ajoutait : « En conséquence, ils partageront également entre eux trois tous mes biens, sous les charges et conditions ci-après. » La cour voit dans cette clause une assignation de parts; dès lors, dit-elle, la part de l'un ne peut appartenir aux autres sans contrevenir à la volonté légalement présumée du défunt. On opposait la distinction consacrée par la doctrine et la jurisprudence française entre l'*institution* et l'*exécution*. La cour répond que l'article 1044 repousse cette distinction, puisque l'institution et le partage ne font ensemble qu'une seule et même disposition; or, la loi ne distingue pas si l'assignation de parts se trouve dans la première ou dans la seconde partie de la disposition. Par ces motifs, la cour rejette la preuve offerte par l'appelant, les faits par lui posés étant irrelevants.

Sur le pourvoi il intervint un arrêt de rejet qui, négligeant toute la partie juridique de l'arrêt, s'en tint exclusivement au point de fait décidé par la cour, à savoir que l'assignation de parts se trouvait dans la disposition. Dès lors le pourvoi manquait de base; il ne peut plus être question d'accroissement lorsque le testateur a légué des parts distinctes, puisqu'il y a, dans ce cas, autant de legs différents que de parts. Si telle a été la pensée de la cour de Bruxelles, elle l'a très-mal exprimée, car les termes de l'arrêt décident la question en droit bien plus qu'en fait. Toujours est-il que la cour de cassation de Belgique s'est uniquement fondée sur la décision de fait pour re-

jeter le pourvoi. Son arrêt est donc en harmonie avec la jurisprudence française (1).

311. Si la question d'accroissement était une question de droit, nous la déciderions comme la cour de Bruxelles l'a fait, c'est-à-dire que nous repousserions la distinction que la doctrine et la jurisprudence admettent entre l'assignation de parts qui se trouve dans l'institution et celle qui se trouve dans l'exécution. La loi ne la fait pas; on introduit donc dans le texte une distinction que la généralité de ses termes repousse. La tradition est également contraire à la distinction. Nous entendons par tradition celle que les auteurs du code suivent d'habitude, l'opinion de Pothier. Or, Pothier cite précisément comme excluant le droit d'accroissement la même clause que la jurisprudence et la doctrine interprètent en faveur de l'accroissement. « Je lègue ma maison à Pierre et à Paul *par égales portions.* » Les deux légataires, dit Pothier, sont légataires chacun de leur part; il n'y a donc pas lieu au droit d'accroissement entre eux (2).

Nous avons une autre objection à faire contre l'opinion généralement suivie, c'est que la distinction qu'elle fait est tellement subtile que la plupart des testateurs ne la comprendraient pas. La jurisprudence admet l'accroissement lorsque le testateur fait un legs à plusieurs personnes par une même disposition, en ajoutant *par parts égales;* elle rejette l'accroissement quand le testateur dit qu'il lègue la chose à deux personnes *par moitié.* Dire que l'on donne à deux légataires une chose *par parts égales,* et dire qu'on la leur donne *par moitié,* n'est-ce pas dire la même chose? On peut hardiment affirmer que pour la plupart des testateurs les deux expressions ont le même sens. Dans la subtilité du droit, il y a une différence : la clause *par moitié* porte sur la disposition, la clause *par parts égales* tombe sur l'*exécution;* donc l'une exclut l'accroissement, tandis que l'autre l'implique. Rien de mieux en théorie; mais les dispositions de dernière volonté ne

(1) Rejet, 7 février 1851 (*Pasicrisie,* 1851, 1, 280). Comparez Bruxelles. 26 novembre 1868 (*Pasicrisie,* 1869, 2, 78).
(2) Pothier, *Des donations testamentaires,* n° 349.

sont pas une question de théorie, c'est la volonté du testateur qui y domine; c'est donc toujours cette volonté qu'il faut rechercher. Il se peut que, d'après l'intention du testateur, il n'y ait pas lieu à accroissement, quoique les légataires soient conjoints *re et verbis* (n° 304). Il se peut aussi que l'accroissement doive se faire en vertu de la volonté du disposant, bien que les légataires soient conjoints *verbis tantum*. C'est ce que la cour de cassation a décidé par son dernier arrêt (n° 308). Cette décision n'est rien moins qu'un changement de jurisprudence; on maintient, en apparence, la distinction entre l'assignation de parts qui tombe sur la disposition et l'assignation de parts qui tombe sur l'exécution; mais, en réalité, on décide, non d'après la formule, mais d'après l'intention du disposant. C'est le vrai principe. Nous voudrions que l'on bannît ce formalisme de notre science, car il influe indirectement sur l'esprit des juges; ceux qui sont imbus de la conviction que l'assignation de parts dans l'institution empêche l'accroissement seront portés à voir partout une assignation de parts qui exclut l'accroissement. Il faut dégager l'esprit de ces chaînes, en posant comme principe que c'est la volonté du testateur qui décide s'il y a ou non accroissement.

La doctrine a plus de peine que la jurisprudence à s'affranchir de la domination des formules; c'est elle qui forge ces chaînes. Toutefois les auteurs aussi bien que les juges ont fini par s'apercevoir qu'ils méconnaissaient la volonté du testateur, en l'appréciant au point de vue de leurs formules. Ceux-là mêmes qui tiennent le plus à la distinction que nous combattons avouent que l'accroissement doit avoir lieu, si telle est la volonté du testateur, quoique, d'après les présomptions de la loi, il n'y ait pas de conjonction (1). Dire que le testateur peut déclarer une volonté contraire à celle que la loi lui suppose, c'est avouer que l'accroissement dépend de l'intention du disposant, et non de la formule qu'il emploie; ce qui revient à la doc-

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 207 et note 41. Demolombe, t. XXII, p. 359, n° 385.

trine que nous avons professée dans toute cette matière : l'accroissement est une question de volonté, de fait, et non une question de droit (1).

III. *De la conjonction* re tantum.

312. L'article 1043 prévoit le cas de la conjonction *re tantum*. Une chose est donnée par le même acte à plusieurs personnes par des dispositions distinctes. Le code dit : *séparément*. C'est l'expression traditionnelle pour marquer que les légataires sont *conjoints* quant à la *chose*, mais *disjoints* ou *séparés*, en ce sens qu'ils ne sont pas institués par une seule et même disposition (2). L'article 1045 n'admet le droit d'accroissement entre légataires conjoints *re tantum* que sous la condition que la chose donnée ne soit pas susceptible d'être divisée sans détérioration. Quand la chose est-elle ou n'est-elle pas susceptible de division dans le sens de l'article 1045? C'est là une question de fait que les juges décideront.

Tous les auteurs, sauf Toullier, critiquent l'article 1045. La question de savoir si l'accroissement doit avoir lieu dépend de l'intention du testateur; elle n'a rien de commun avec la nature de la chose léguée : le testateur peut vouloir l'accroissement quand la chose est divisible, il peut ne pas le vouloir quand la chose est indivisible. Dans les articles 1044 et 1045, le législateur établit de simples présomptions de volonté; il devait présumer la volonté du testateur que le colégataire profite de la caducité, lorsqu'il y a conjonction *re tantum*, plutôt que dans le cas où la conjonction a lieu *re et verbis;* dans ce dernier cas, la disposition implique la nécessité de faire des parts; tandis que, dans le premier cas, le testateur lègue la chose tout entière à chacun des légataires; il appelle donc chacun à toute la chose indivisément, solidairement; or, telle est la base de l'accroissement présumé. On ne voit pas pourquoi le législateur s'est écarté, en ce point, de la doc-

(1) Coin-Delisle, p. 513, n° 7 de l'article 1044. Mourlon, t. II, p. 397.
(2) Demolombe, t. XXII, p. 349, n° 377.

trine traditionnelle (1). Pour concilier la disposition de l'article 1045 avec les vrais principes, Proudhon a proposé une autre interprétation de cet article. Il est inutile de nous y arrêter; l'opinion de Proudhon est restée isolée, elle ne pouvait être admise, puisqu'elle est en contradiction avec le texte de la loi (2). La question ne s'est pas encore présentée devant les tribunaux, preuve que cette espèce de conjonction, usitée chez les Romains, n'est pas dans nos mœurs. C'est une raison de plus pour laisser là ces discussions oiseuses.

N° 3. CONDITIONS.

313. Les articles 1044 et 1045 n'établissent aucune condition; ils disent seulement quand il y a lieu au droit d'accroissement. Il va sans dire que la part de l'un des légataires ne peut accroître à l'autre que si le légataire institué ne la recueille pas; donc l'accroissement suppose la révocation, la caducité ou la nullité du legs qui accroît à un colégataire. L'application du principe soulève une question qui est très-controversée. Si le legs est révoqué pour cause d'ingratitude, le colégataire en profitera-t-il? Nous supposons que c'est en vertu des articles 1046 et 955 que la révocation a été prononcée, donc pour ingratitude proprement dite. Nous avons dit plus haut (n°s 265 et 273) que les dispositions concernant l'indignité de l'héritier légitime ne s'appliquent pas au légataire. Pour ne pas confondre l'*indignité* de l'*héritier* et l'*ingratitude* du *légataire*, il importe de conserver l'expression d'*ingratitude*, qui s'applique aux donations et aux legs.

A notre avis, le colégataire profite de la révocation du legs prononcée pour cause d'ingratitude. Proudhon en donne une raison qui est décisive (3). Pour qu'il y ait lieu au droit d'accroissement, il faut que les légataires soient

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 204 et note 34, et les auteurs qu'ils citent. Mourlon, t. II, p. 396; Demolombe, t. XXII, p. 351, n° 379.
(2) Proudhon, *De l'usufruit*, t. II, n°s 734 et suiv. En sens contraire, Aubry et Rau, t. VI, p. 205, n° 36 et tous les auteurs.
(3) Proudhon, *De l'usufruit*, t. II, p. 231, n°s 688-690.

appelés chacun à toute la chose. Le légataire qui vient au legs doit donc le recueillir tout entier si son colégataire n'y vient pas. Peu importe pour quelle cause il n'y vient pas; il suffit qu'il ne puisse pas le recueillir pour que son colégataire prenne le tout, parce qu'il est appelé au tout. La cour de cassation a consacré cette opinion, mais par un motif que nous ne pouvons accepter, car le motif est plutôt une objection et une raison de douter; l'arrêt dit que la déclaration d'indignité fait disparaître complétement la disposition testamentaire, en sorte que le legs n'a jamais eu aucun effet légal à l'égard du légataire (1). Cela n'est pas exact; le légataire ingrat gagne les fruits et il est considéré comme propriétaire jusqu'au jugement qui prononce la révocation (n° 273). Ne doit-on pas conclure de là, avec Toullier, que le légataire ayant acquis un droit au legs et ce droit n'étant pas révoqué rétroactivement, la chose léguée ne peut plus accroître à un colégataire, d'où suivrait que la révocation profiterait aux héritiers (2)?

La réponse à l'objection est facile et nous la croyons péremptoire. Que le legs tombe en vertu d'une cause qui rétroagit : ou en vertu d'une cause qui ne rétroagit pas, peu importe. La rétroactivité concerne les rapports du légataire avec les tiers; quant à l'accroissement, il a lieu lorsque le legs ne profite pas au légataire institué et qu'il y a un colégataire appelé à la chose léguée; celui-ci la prend, puisque son colégataire ne peut pas y venir. On fait encore d'autres objections sur lesquelles nous croyons inutile de nous arrêter, puisqu'elles ont été réfutées (3).

314. Si le légataire qui prédécède laisse des enfants, sa part n'en accroît pas moins à ses colégataires, à moins qu'ils ne soient substitués à leur père. Cela n'est pas douteux, au point de vue du droit. Mais, en fait, il est certain que cet effet de l'accroissement est souvent contraire aux

(1) Rejet, 13 novembre 1855 (Dalloz, 1856, 1, 185), et la note de l'arrêtiste, qui indique les autorités et les précédents.

(2) Toullier, t. III, 1, p. 388, n° 698.

(3) D'Hauthuille, *Du droit d'accroissement*, p. 188 et suiv. En sens contraire, Bayle-Mouillard sur Grenier, t. III, p. 101, note *a*; Demolombe, t. XXII, p. 318, n° 373.

intentions du testateur. Celui-ci institue pour ses héritiers universels deux frères; l'un d'eux prédécède, l'autre recueillera toute l'hérédité. Est-ce là la volonté du testateur? Non, certes; en avantageant le père, il a voulu avantager les enfants, et il se trouve que ceux qu'il a voulu avantager sont exclus. On objecte que si un certain temps s'est écoulé entre le prédécès du légataire et la mort du testateur, celui-ci a pu changer son testament, et que, s'il ne l'a pas fait, son silence prouve qu'il ne veut pas appeler ses neveux à son hérédité. L'objection est fondée en droit. En fait, la plupart des testateurs s'imaginent que les enfants de leur frère prendront sa part dans la succession testamentaire, comme ils la prennent dans la succession *ab intestat*. Mais les tribunaux peuvent-ils admettre une représentation testamentaire sans déclaration formelle du testateur? Nous avons examiné la question dans le tome XIII de nos *Principes* (n° 503). Au point de vue du droit, la négative n'est pas douteuse (1). C'est à ceux qui rédigent les testaments d'appeler sur ce point l'attention des testateurs, et d'insérer une clause de substitution dans les legs conjonctifs faits au profit de proches parents.

La substitution empêche l'accroissement s'il y a des substitués; mais si les substitués viennent aussi à prédécéder, le survivant des légataires prendra le tout en vertu du droit d'accroissement (2). Telle sera souvent l'intention du testateur; mais il est bon qu'il la manifeste expressément, car les tribunaux ne sont pas disposés à l'admettre.

315. La substitution fidéicommissaire empêche aussi l'accroissement quand elle est valable. Que faut-il décider si elle est nulle? La cour de Bruxelles a jugé que la nullité profitait aux héritiers légitimes, mais sa décision a été cassée sur un excellent réquisitoire du procureur général Daniels. Il y avait d'étranges erreurs dans l'arrêt

(1) Agen, 27 novembre 1850 (Dalloz, 1851, 2, 19). Poitiers, 6 janvier 1844 (Dalloz, 1864, 2, 137).
(2) Duranton, t. IX, p. 509, n° 511. Aubry et Rau, t. VI, p. 204 et suiv., et note 35. Demolombe, t. XXII, p. 369, n°s 392 et suiv.

attaqué. La cour pensait que le droit d'accroissement n'avait lieu que dans les deux cas prévus par l'article 1043, c'est-à-dire lorsque l'un des légataires répudie le legs ou est incapable de le recueillir. Cela est contraire à l'essence même de l'accroissement tel qu'on l'a toujours entendu : le colégataire conjoint profite de l'accroissement dans tous les cas où l'autre colégataire ne peut ou ne veut venir au legs par quelque cause que ce soit. Tel est le principe, fondé sur l'intention du testateur : sa volonté est, en appelant plusieurs légataires conjointement à la chose léguée, que chacun ait le tout, à défaut des autres, peu importe pourquoi ils font défaut. Si le testateur révoquait expressément la libéralité qu'il a faite à l'un des légataires, certainement les colégataires en profiteraient. Cependant la loi ne le dit pas ; elle n'avait pas besoin de le dire, car la loi n'est pas un manuel. Du reste, en traitant de l'accroissement, dans la section intitulée *De la révocation des legs et de leur caducité*, le législateur marque suffisamment qu'il y a lieu à l'accroissement dans tous les cas où un legs perd ses effets. Il faut donc rattacher au droit d'accroissement, non-seulement l'article 1043, mais encore tous ceux qui déclarent un legs révoqué, nul ou caduc. Dans l'espèce, le legs était nul; or, le legs nul est considéré comme non avenu ; le légataire ne pouvant le recueillir, ses colégataires en devaient profiter (1).

316. Le droit d'accroissement s'applique-t-il aux legs en usufruit? L'affirmative n'est pas douteuse lorsque l'un des légataires fait défaut. C'est le droit commun. Mais si tous viennent au legs et que l'un d'eux décède, son usufruit s'éteint. Qui en profitera, le nu propriétaire ou les colégataires? La question est controversée; nous n'hésitons pas à décider qu'il n'y a plus lieu au droit d'accroissement. Peut-il être question d'accroissement lorsque tous les colégataires recueillent le legs? Non, certes; la chose léguée se partage alors entre eux et la part de chacun est

(1) Arrêt de la chambre de cassation, du 8 juillet 1815 (*Pasicrisie*, 1815, p. 433).

régie par le droit commun; or, il est élémentaire que l'usufruit qui s'éteint se réunit à la nue propriété. On objecte que l'intention du testateur est que le légataire survivant profite de l'extinction partielle de l'usufruit. Nous admettons l'objection pour le legs de l'usufruit, comme nous en avons tenu compte dans toute la matière de l'accroissement, mais à une condition, c'est que le testateur ait déclaré cette intention, ou qu'elle résulte des circonstances de la cause. S'il s'est borné à léguer l'usufruit, on reste sous l'empire des principes généraux : pour qu'il y ait lieu à l'exception, il faut que le testateur la fasse. On invoque le droit romain et l'on prétend que ce qui était vrai en droit romain, l'est encore aujourd'hui. Nous répondons avec Proudhon qu'il n'y a aucun vestige dans nos codes de la doctrine romaine et que la généralité des règles qu'il établit la repousse. Il est inutile d'insister alors que les principes sont d'une certitude incontestable (1).

La jurisprudence est dans le sens de notre opinion. Un excellent arrêt de la cour de Bruxelles décide la question en quelques mots (2). Il n'y a lieu à accroissement que lorsqu'un colégataire ne vient pas au legs; dans l'espèce, tous les légataires ont recueilli leur part d'usufruit; dès lors cette part, si l'un d'eux prédécède, ne peut plus accroître aux colégataires, car le legs a produit son effet. L'intention du testateur peut faire exception. On en voit un exemple dans un arrêt de la cour de Liége (3). La cour d'Aix a décidé la question en sens contraire; mais la cour de cassation, en rejetant le pourvoi, s'est bien gardée de s'approprier les motifs de l'arrêt attaqué; elle a jugé en fait, et non en droit; il n'est pas nécessaire, dit-elle, d'examiner si l'accroissement a lieu pour les légataires conjoints d'usufruit comme pour ceux de la pro-

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 210 et note 47; Demolombe, t. XXII, p. 361, n°s 387-389; Proudhon, *De l'usufruit*, t. II, p. 223, n° 675. Tribunal de Louvain, 2 novembre 1872 (*Pasicrisie*, 1873, 2, 88). En sens contraire, Coin-Delisle, p. 514, n° 10 de l'article 1044; Marcadé, t. IV, p. 146, n° V de l'article 1044; Troplong, t. II, p. 265, n° 2184.
(2) Bruxelles, 7 avril 1856 (*Pasicrisie*, 1856, 2, 371).
(3) Liége, 31 décembre 1858 (*Pasicrisie*, 1859, 2, 275).

priété, parce que ce n'est pas de la loi que, dans l'espèce, le colégataire tient son droit, c'est du testament de son frère (1).

317. On a prétendu aussi que le legs de l'usufruit, devenu caduc lorsque le légataire prédécède sans avoir accepté, accroît au legs de la nue propriété. L'intérêt de la question consistait dans la jouissance des fruits : devait-elle appartenir au nu propriétaire dès l'ouverture de l'hérédité en vertu du droit d'accroissement, ou à partir de la mort du légataire de l'usufruit? La cour de cassation s'est prononcée contre l'accroissement (2), et, à notre avis, elle a bien jugé. Il n'y avait pas identité de la chose léguée, donc pas de conjonction, et partant pas d'accroissement. Il faudrait, ou une disposition de la loi, ou une disposition du testateur pour qu'il y eût accroissement sans conjonction.

318. Les articles 1044 et 1045 s'appliquent-ils au legs universel? La négative a été jugée par la cour de Paris et par la cour de cassation. Il nous semble que le texte et l'esprit de la loi décident la question en ce sens. Le texte parle de la *chose léguée,* et cette expression ne s'emploie guère d'un legs universel; bien moins encore peut-on dire du legs universel qu'il est ou n'est pas *susceptible d'être divisé sans détérioration* (art. 1044 et 1045). L'esprit de la loi est dans le même sens. Quand un legs universel est fait à plusieurs personnes conjointement et que l'un des légataires fait défaut, ceux qui viennent au legs recueillent toute l'hérédité en vertu de leur legs, parce qu'ils sont appelés à toute l'hérédité ; ils n'ont pas besoin d'invoquer le droit d'accroissement. Il en est du légataire universel comme de l'héritier, il a un droit, au moins éventuel, à toute l'hérédité : ce droit se réalise quand ses colégataires ne viennent pas au legs.

La question est sans intérêt pratique lorsque les légataires sont conjoints *re et verbis;* dans ce cas, le légataire qui vient seul à l'hérédité la recueille tout entière, que

(1) Rejet, 1er juillet 1841 (Dalloz, n° 4436).
(2) Rejet, 3 juin 1861 (Dalloz, 1861, 1, 327, et la critique de l'arrêtiste).

l'on admette ou non le droit d'accroissement : ceux qui admettent l'accroissement entre légataires universels disent qu'il y a conjonction, donc accroissement : ceux qui ne l'admettent pas disent que le légataire recueille toute l'hérédité parce qu'il y est appelé. De là vient que la jurisprudence appelle accroissement ce qui, d'après les vrais principes, est plutôt l'effet de l'institution universelle; cela est assez indifférent, puisque le résultat est le même.

Il n'en est pas ainsi lorsque les légataires universels sont conjoints *re tantum*. Le testateur lègue ses biens à Pierre et à Paul par des dispositions séparées; l'un d'eux fait défaut, l'autre aura-t-il le tout? Oui, dans notre opinion, puisqu'il est appelé au tout; non, dans l'opinion qui admet le droit d'accroissement, puisque l'accroissement n'a pas lieu lorsque les légataires sont conjoints *re tantum*. Nous laissons cette conjonction de côté, puisqu'elle ne se présente jamais. L'arrêt de la cour de cassation a été rendu dans l'espèce suivante.

Le testateur déclare instituer pour ses légataires universels plusieurs personnes, puis il fait entre elles la répartition de ses biens par parts inégales. L'un des légataires prédécède, sa part accroît-elle aux autres dans la proportion de leur droit héréditaire? On a soutenu que l'héritier légitime en devait profiter. Il n'y avait pas lieu à accroissement, disait-on, puisque les légataires étaient appelés à des parts différentes, donc il y avait assignation de parts bien caractérisée, ce qui excluait l'accroissement. La cour de cassation décida qu'il n'y avait pas lieu d'appliquer l'article 1044 lorsque l'universalité des biens est léguée à plusieurs personnes conjointement, que chacun des légataires est appelé à toute l'hérédité en vertu de son institution; ce qui rend inutile le droit d'accroissement (1).

319. Si une charge est attachée au legs qui accroît

(1) Rejet, 12 février 1862 (Dalloz, 1862, 1, 244); Paris, 5 mars 1861 (Dalloz, 1861, 2, 49). Comparez Demolombe, t. XXII, p. 356, n° 383; Mourlon, d'après Valette, t. II, p. 398, II. Zachariæ, édition de Massé et Vergé, t. III, p. 305; Troplong, t. II, p. 266, n° 2188. En sens contraire, Aubry et Rau, t. VI, p. 206, et notes 38 et 39.



au colégataire, celui-ci sera-t-il tenu de la charge, sauf à renoncer au bénéfice d'accroissement? La quetions est controversée. Nous n'hésitons pas à répondre affirmativement. Le droit d'accroissement a pour fondement unique l'intention du testateur. Or, quand il impose une charge à l'un des légataires conjoints, entend-il affranchir de cette charge celui qui profitera de la part du légataire défaillant? Non, certes; le colégataire prend la part qu'aurait eue le légataire qui fait défaut, il doit donc la prendre telle que le testateur l'a faite, avec la charge, sauf à lui à renoncer à l'accroissement; le légataire qui ne vient pas au legs aurait pu s'affranchir de la charge en renonçant; le légataire auquel accroît la part doit avoir le même droit.

Telle est la solution de notre question si l'on s'en tient, comme on le doit, à la volonté du testateur. Ce qui a fait naître des doutes, c'est la tradition romaine. Nous l'écartons, d'abord parce que Pothier la rejetait; et c'est Pothier qui a servi de guide aux auteurs du code, et non le droit romain. Nous l'écartons, surtout, parce que le code n'a pas adopté la doctrine romaine. On distinguait entre la conjonction *re* et la conjonction *re et verbis*. Dans la première, chaque légataire était appelé au tout; il recueillait le tout en acceptant le legs, donc sans charge; si la part de son colégataire lui accroissait, il y avait non-décroissement plutôt qu'accroissement. Dans la conjonction *re et verbis*, au contraire, il y a accroissement, donc la charge accroît avec le legs, mais l'accroissement est volontaire. Eh bien, le code n'a pas admis la théorie du non-décroissement. Loin de là, il rejette, en principe, la conjonction *re tantum*; quand il l'admet, c'est à titre d'accroissement, donc au même titre que la conjonction *re et verbis* (1). Il n'y a donc plus lieu à distinguer. La jurisprudence paraît se prononcer en ce sens (2).

Nous disons que l'accroissement est volontaire. Cela

(1) Proudhon, *De l'usufruit*, t. II, p. 193, nos 643 et suiv. Demolombe. t. XXII, p. 374, no 396, et les auteurs qu'il cite. En sens contraire, Aubry et Rau (t. VI, p. 208 et note 43), et les auteurs qu'ils citent.

(2) Turin, 20 décembre 1809 (Dalloz, no 4439). Colmar, 31 juillet 1818 (Dalloz, no 4405).

suppose le véritable accroissement. Dans les legs universels, il n'y a pas lieu à accroissement (n° 318); si un légataire prend le tout, c'est qu'il a été appelé au tout; et s'il accepte, il ne peut plus renoncer à la part qui lui arrive par non-décroissement, ce serait répudier ce qu'il a accepté. Tout le monde est d'accord sur ce point (1).

320. Le partage donne lieu à quelques difficultés en cas de conjonction. Entre les légataires conjoints, le partage se fait par tête si tous sont appelés individuellement; si quelques-uns sont institués conjointement en concours avec d'autres appelés disjonctivement, on suit comme règle que les premiers ne recueillent ensemble qu'une part et portion virile (2). Mais cette règle n'a rien d'absolu, elle est fondée sur l'intention du testateur, or son intention peut aussi être que ceux qu'il a nommés collectivement succèdent par tête avec les autres légataires, et la volonté du testateur fait loi (3).

Quant au partage de la part qui accroît aux colégataires, le principe est qu'elle se divise dans la proportion de la part que chacun d'eux est appelé à prendre dans la chose léguée. Ce principe est aussi fondé sur l'intention du testateur; il peut manifester une intention contraire; c'est ce qui arrive quand il appelle plusieurs légataires collectivement, par exemple son frère et les enfants de sa sœur; si l'un des enfants vient à prédécéder, sa part accroît aux autres enfants, à l'exclusion du frère (4).

321. Le droit d'accroissement est-il transmissible aux successeurs de celui qui en profite? Il n'y a aucun doute quant aux successeurs universels; ils succèdent à tous les droits du défunt; or, le colégataire avait droit de recueillir la part de celui qui fait défaut; ce droit n'a rien de personnel, c'est un droit qui procède de la nature du legs, donc un droit patrimonial, et comme tel il passe aux successeurs du légataire qui vient à décéder, avant que

(1) Bayle-Mouillard sur Grenier, t. III, p. 103, n° 355. Demolombe, t. XXII, p. 379, n° 398.
(2) Gand, 28 février 1860 (*Pasicrisie*, 1860, 2, 162).
(3) Bruxelles, 27 décembre 1865 (*Pasicrisie*, 1866, 2, 157).
(4) Aubry et Rau, t. VI, p. 207 et note 42, § 726, et les auteurs qu'ils citent.

le legs de son colégataire soit devenu caduc (1). S'il s'agit d'un successeur à titre particulier, tel qu'un cessionnaire, la question est très-controversée; nous y reviendrons au titre de la *Vente*.

SECTION IV. — Des exécuteurs testamentaires.

§ Ier. *Notions générales.*

322. L'article 1025 dit que le testateur peut nommer un ou plusieurs exécuteurs testamentaires. De droit, c'est l'héritier *ab intestat* ou le légataire universel qui est chargé d'exécuter les dernières volontés du défunt. Néanmoins, dit Pothier, il est assez d'usage que les testateurs, pour procurer une plus sûre, plus exacte et plus diligente exécution de leurs dernières volontés, nomment des personnes à qui ils la confient : on les appelle *exécuteurs testamentaires* (2).

On rapporte l'origine de cette institution aux legs pieux qui devinrent très-fréquents après l'établissement du christianisme; les héritiers s'acquittant avec peu de fidélité de ces legs, les testateurs en chargèrent un ami dans lequel ils avaient pleine confiance (3). Toutefois le mandat de ces exécuteurs testamentaires était spécial, il n'avait pour objet que les dispositions dont l'exécution dépendait de la seule bonne foi des héritiers. Dans nos anciennes coutumes, l'exécution testamentaire prit une plus grande extension, le mandataire institué par le testateur étant chargé de veiller à l'exécution de toutes les dispositions testamentaires. Les exécuteurs testamentaires sont donc une institution coutumière (4).

323. Nous avons appelé l'exécution testamentaire un mandat. Le code ne le dit point; mais cela résulte de la nature même de la charge que le testateur confie à l'exécu

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 210 et note 45. Demolombe, t. XXII, p. 367, n° 390, et les auteurs qu'ils citent.
(2) Pothier, *Des donations testamentaires*, n° 206.
(3) Toullier, t. III, 1, p. 320, n° 576.
(4) Coin-Delisle, p. 485, n° 1 de l'article 1025.

teur. En effet, le testateur donne pouvoir à la personne qu'il choisit d'exécuter ou de faire exécuter ses dispositions; lorsque l'exécuteur accepte cette commission, le mandat devient parfait par le concours des volontés du mandant et du mandataire. Furgole conclut de là qu'il faut appliquer à l'exécution testamentaire les règles qui sont faites pour le mandat, mais il a soin d'ajouter autant que la chose peut le comporter; car les coutumes, et le code civil à leur suite, ont introduit bien des choses à l'égard des exécuteurs testamentaires qui ne conviennent pas au mandat (1).

Il y a d'abord ceci de singulier qu'il y a un mandataire sans que l'on sache d'une manière précise qui est le mandant. Furgole dit que le testateur met l'exécuteur testamentaire à sa place ou à celle des héritiers, de sorte que l'on ne sait s'il est mandataire du testateur ou des héritiers. Les auteurs modernes ne s'accordent pas davantage. Il y en a qui disent que l'exécuteur testamentaire est le mandataire des héritiers et des légataires nommé par le testateur. Coin-Delisle dit que l'on ne peut pas émettre plus clairement une idée doublement fausse; selon lui l'exécuteur testamentaire ne peut être que le mandataire du testateur dont il tient ses pouvoirs. Cependant l'idée de Vazeille a été reproduite par des auteurs très-exacts; d'après Aubry et Rau, l'exécuteur testamentaire est un mandataire imposé à ses héritiers ou légataires universels (2). Ces dissentiments sur un point aussi élémentaire ne prouveraient-ils pas que l'exécution testamentaire est un mandat d'une nature toute spéciale auquel on ne peut guère appliquer les notions du mandat ordinaire? Il est certain que l'exécuteur testamentaire tient ses pouvoirs du testateur; mais, d'après le droit commun, le mandat finit avec la mort du mandant, tandis que l'exécution testamentaire commence seulement à la mort du testateur. Ainsi le mandat se forme à un moment où le mandant ne

(1) Furgole, *Des testaments*, chap. X, sect. IV, nos 13 et 15 (t. IV, p. 152).
(2) Furgole, chap. X, sect. IV, nos 13 et 14 (t. IV, p. 252). Vazeille, t. III, p. 88, art. 1025, no 1; Coin-Delisle, p. 486, no 4 de l'article 1025 et note; Aubry et Rau, t. VI, p. 131, § 711.

peut plus consentir. Cela prouve qu'il n'y a pas de mandat véritable donné par le testateur, car le mandat est un contrat, et le contrat ne peut se former que par le concours du consentement de toutes les parties contractantes. Dira-t-on que l'exécuteur testamentaire est le mandataire des héritiers, imposé, si l'on veut? Ici encore les notions du mandat ordinaire font défaut. Le mandataire représente le mandant et agit en son nom; c'est, en réalité, le mandant qui agit par l'intermédiaire du mandataire. Tel n'est certes pas le rôle de l'exécuteur testamentaire. Il représente si peu les héritiers, qu'il est plutôt établi contre eux, il limite et entrave leur action; s'il prend leur place pour exécuter les dernières volontés du défunt, c'est parce que le testateur se défie de l'exactitude, de la diligence et même de la bonne foi de ses héritiers; voilà donc un mandataire, si on le veut considérer comme tel, qui fait ce que les prétendus mandants ne sont pas disposés à faire. Concluons que l'exécution testamentaire est un mandat que les coutumes et le code civil ont organisé sans tenir compte du droit commun.

324. Dans quelle forme doit se faire la nomination de l'exécuteur testamentaire? Pothier dit que le testateur le nomme par son testament. Furgole croit que la nomination pourrait aussi être faite dans tout autre acte public ou privé qui suffirait pour constater un mandat (1). On voit que l'idée du mandat égare les interprètes au lieu de les éclairer. Tous les auteurs modernes se rangent à l'avis de Pothier : une clause concernant l'exécution du testament fait partie essentielle du testament et doit, par conséquent, se trouver dans l'acte qui contient les dernières volontés du défunt. Nous n'admettrions pas même, comme le font certains auteurs, que la nomination puisse se faire par codicille, c'est-à-dire dans un acte revêtu des formes du testament, mais n'ayant d'autre objet que la nomination de l'exécuteur testamentaire (2). Le mot de *codicille* ne

(1) Pothier, *Des donations testamentaires*, n° 206. Furgole, chap. X, sect. IV, n° 10 (t. IV, p. 151).
(2) Aubry et Rau, t. VI, p. 131. Coin-Delisle, p. 486, n° 6 de l'article 1025. Demolombe, t. XXII, p. 17, n° 21.

se trouve pas dans nos lois, et l'on ferait bien de ne pas se servir de termes que nos lois ignorent, surtout quand ils sont relatifs à un ordre d'idées qui nous est complétement étranger. Pour qu'il y ait un testament, il ne suffit point que les formes testamentaires soient observées, il faut aussi que l'acte dispose des biens du défunt. Si donc le testateur nommait un exécuteur testamentaire dans un acte écrit, daté et signé par lui, cette nomination ne serait pas valable, ce serait un acte fait dans les formes testamentaires, ce ne serait pas un testament. Or, la tradition et les principes veulent que le testateur nomme son exécuteur testamentaire dans son testament. Cela est peut-être trop rigoureux, mais c'est au législateur seul à corriger la rigueur de la loi.

325. L'exécution testamentaire n'est pas une fonction publique, c'est un simple office d'ami qui a pour objet des intérêts purement privés. De là suit, dit Pothier, que des personnes qui ne sont pas capables de fonctions publiques ne laissent pas de pouvoir être exécuteurs. Une femme peut donc être exécutrice testamentaire; le code le dit (art. 1029). Un étranger peut être investi de ce mandat (1).

L'article 1028 porte que celui qui ne peut pas s'obliger ne peut pas être exécuteur testamentaire. C'est une nouvelle dérogation aux règles du mandat. Aux termes de l'article 1990, les femmes et les mineurs émancipés peuvent être choisis pour mandataires; tandis que le testateur ne pourrait pas les nommer exécuteurs testamentaires. Il y a une raison de cette différence; elle prouve que l'on a tort d'assimiler l'exécution testamentaire à un mandat. Les exécuteurs sont responsables de leur gestion, ils en doivent rendre compte aux héritiers; or, ce ne sont pas les héritiers qui les choisissent, c'est plutôt contre eux qu'ils sont nommés; mais si le testateur veut des garanties contre les héritiers, la loi veut que les héritiers en aient aussi contre les exécuteurs testamentaires; et la garantie la plus naturelle est que ceux-ci soient capables de s'obliger. Cette disposition est remarquable, elle nous

(1) Colmar, 8 novembre 1821 (Dalloz, n° 4046).

fait connaître un autre caractère de l'exécution testamentaire. Bien que ce soit le testateur qui nomme l'exécuteur, il ne lui est pas permis de confier l'exécution à qui il veut, la loi limite les pouvoirs du testateur dans l'intérêt des héritiers. Si donc l'exécution testamentaire est un mandat, ce n'est pas un mandat qui dépend uniquement de la volonté de celui qui la confère, c'est aussi un mandat légal, en ce sens que la loi le définit et le limite (1). Ce principe est fondamental; nous y reviendrons.

326. Par application de ce principe, la loi déclare que le mineur ne pourra être exécuteur testamentaire; en effet, les mineurs sont incapables de contracter(art. 1124). L'article 1030 ajoute que le tuteur ne peut autoriser le mineur à être exécuteur testamentaire. Il était inutile de le dire; dans notre droit moderne, ce n'est pas le mineur qui agit avec l'autorisation du tuteur, c'est le tuteur qui représente le mineur dans tous les actes civils (art. 450); il serait donc contraire aux principes de notre tutelle que le mineur remplît les fonctions d'exécuteur testamentaire avec autorisation de son tuteur.

D'après l'article 1030, le mineur émancipé ne peut pas non plus être exécuteur testamentaire, même avec l'autorisation de son curateur (2). Il est vrai que le mineur émancipé est capable dans de certaines limites, mais le législateur n'a pas cru que cette capacité limitée fût suffisante pour garantir les intérêts des héritiers.

327. Quant à la femme mariée, elle est incapable en ce sens qu'elle ne peut s'obliger sans l'autorisation de son mari ou de justice. Il y a cette différence entre l'autorisation de justice et celle du mari que la justice ne peut autoriser la femme à s'obliger que sur la nue propriété de ses biens si le mari en a la jouissance; tandis que le mari, en autorisant sa femme à s'obliger, renonce à son usufruit en faveur des créanciers, lesquels ont, en conséquence, action sur la toute propriété des biens de la femme. Cette distinction explique la première

(1) Toullier, t. III, 1, p. 321, n° 578. Demolombe, t. XXII, p. 20, n° 24

(2) Le curateur n'*autorise* pas le mineur émancipé; il l'assiste simplement.



disposition de l'article 1029 : la femme ne peut accepter l'exécution testamentaire qu'avec le consentement de son mari. La loi suppose que la femme est mariée sous un régime qui donne au mari l'usufruit de ses biens ; tels sont le régime de la communauté, le régime exclusif de communauté et le régime dotal en ce qui concerne les biens dotaux : la femme mariée ne pourrait pas, sous ces régimes, accepter l'exécution testamentaire avec autorisation de justice, parce que cette autorisation ne donnerait aux créanciers qu'un droit sur la nue propriété des biens de la femme, et cette garantie serait insuffisante. Il n'en est pas de même de la femme séparée de biens, soit par contrat de mariage, soit par jugement; elle peut accepter l'exécution testamentaire avec le consentement de son mari, ou, sur son refus, autorisée par justice. Sous ce régime, le mari n'a point la jouissance des biens de sa femme ; par suite la femme, en s'obligeant, engage la toute propriété de ses biens, pourvu qu'elle s'oblige avec autorisation, soit de son mari, soit de justice.

On demande si le mari qui autorise sa femme, sous le régime de la communauté, à accepter l'exécution testamentaire, oblige la communauté et son propre patrimoine. Nous reviendrons sur la question au titre du *Contrat de mariage* ; c'est là qu'est le siége de la matière.

328. La capacité de s'obliger est la seule condition que la loi exige. Du reste, elle n'établit aucune incapacité spéciale. Il en résulte que le testateur peut charger de ces fonctions un légataire, un témoin et même le notaire qui reçoit le testament (1). Pour les notaires il y a une légère difficulté : ils ne peuvent pas recevoir d'acte contenant une disposition en leur faveur ; on a invoqué cette prohibition établie par la loi du 25 ventôse an XI (art. 8) pour en induire que le testament est nul s'il confère au notaire l'exécution testamentaire. La cour de Gand répond, et la réponse est péremptoire, que l'exécution testamentaire, par elle-même, loin d'être une libéralité, est une charge, un simple mandat, ce qui exclut l'application de l'article 8.

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 132, et notes 4 et 5.

Dans l'espèce, le premier juge s'était emparé de l'idée du mandat pour en conclure que le notaire, étant mandataire comme exécuteur testamentaire, était par cela même partie au testament, ce qui le rendait nul, le notaire ne pouvant pas instrumenter dans sa propre cause (art. 8). La cour de Gand répond que dans le testament il n'y a qu'une seule partie, le testateur; que le notaire, quoique exécuteur testamentaire, n'y figure point comme partie et n'y peut figurer, puisqu'il est de l'essence du testament qu'il soit l'œuvre du testateur seul. On ne peut pas même dire qu'il se forme un véritable mandat par l'acceptation de l'exécuteur testamentaire, car, au moment où il accepte, le testateur est mort, ce qui rend impossible le concours de consentement. En tout cas, si mandat il y a, c'est un mandat d'une nature toute spéciale; il n'existe pas lors de la confection du testament, donc on ne peut pas dire que le notaire, exécuteur testamentaire, y soit partie (1).

329. L'exécution testamentaire confiée au notaire soulève encore une autre question : peut-il recevoir une rémunération, à titre de salaire, pour l'exécution du mandat qui lui est confié? Il faut poser la question en termes plus généraux. Il y a des personnes incapables de recevoir à titre gratuit : peuvent-elles être chargées de l'exécution testamentaire, alors que le testateur leur fait un legs à titre de rémunération ou de salaire? L'affirmative n'est pas douteuse lorsqu'il n'y a aucune rémunération attachée à l'exécution testamentaire; il a été jugé que le prêtre qui assiste le testateur dans sa dernière maladie peut être nommé exécuteur, à moins qu'il ne soit prouvé que l'exécution testamentaire lui a été confiée pour éluder l'incapacité de recevoir qui le frappe (2). Autre est la question de savoir si l'exécuteur, incapable de recevoir, peut néanmoins être gratifié d'un présent, à titre de reconnaissance, de rémunération ou de salaire. S'il s'agit d'un vrai salaire qui, au besoin, peut être taxé par le juge,

(1) Gand, 12 avril 1839 (*Pasicrisie*, 1839, 2, 71 ; et Dalloz, n° 335, 4°). Comparez jugement du tribunal de Gand, du 24 janvier 1856 (*Pasicrisie*, 1857, 2, 170).
(2) Pau, 24 août 1825 (Dalloz, n° 388, 2),

il n'y a pas de doute ; un salaire n'est pas une libéralité, et l'exécution testamentaire n'est pas essentiellement gratuite. Loin de là, dans notre ancien droit, il était d'usage que le juge taxât un salaire si le testateur ne l'avait fait(1). La question est plus délicate quand le testateur a fait un legs à l'exécuteur testamentaire. D'après le droit strict, le legs rémunératoire ne cesse d'être un legs que dans le cas où le légataire aurait une action pour se faire payer du service qu'il a rendu ; or, l'exécuteur testamentaire n'a pas d'action, ce qui semble décider la question contre lui. Mais il y a une autre considération qui nous fait pencher pour l'opinion contraire. L'exécution testamentaire est une matière traditionnelle que le code a empruntée aux coutumes ; il faut donc interpréter le code par l'ancienne jurisprudence. Or, Pothier enseigne, comme doctrine certaine et incontestée, que lorsque le testateur nomme pour exécuteur testamentaire une personne à qui il n'est pas permis de rien laisser par testament, il ne laisse pas de pouvoir lui faire un présent modique pour le récompenser des soins de l'exécution. Telle est aussi l'opinion assez généralement enseignée par les auteurs modernes (2).

La jurisprudence est hésitante. Il a été jugé que l'exécuteur testamentaire n'ayant droit à aucune récompense, ce qui lui est alloué à ce titre ne peut être considéré que comme un legs (3). L'objection n'est pas décisive. Il ne s'agit pas de savoir si l'exécuteur testamentaire peut réclamer des honoraires, la négative est certaine, puisque le mandat est gratuit de sa nature, et le code n'a point reproduit la doctrine de l'ancien droit qui permettait au juge d'allouer un salaire à l'exécuteur testamentaire. Mais le mandat n'est pas gratuit de son essence (art. 1986). Le mandataire peut donc recevoir une récompense; si

(1) Bacquet, *Du droit de bâtardise*, chap. VII, n° 14. Van den Hane, sur l'article 9 de la rubrique 28 de la coutume de Gand. Voyez le jugement précité (note 1 de la page précédente) du tribunal de Gand, confirmé par la cour, arrêt du 6 février 1857 (*Pasicrisie*, 1857, 2, 170).

(2) Pothier, *Des donations testamentaires*, n° 211. Toullier, t. III, 1, p. 322, n° 580. Demolombe, t. XXII, p. 15, n° 19.

(3) Paris, février 1833 (Dalloz, n° 3585).

elle ne dépasse pas le montant des services, il n'y a pas de raison pour déclarer nul le legs que le testateur a fait à l'exécuteur testamentaire. Peu importe qu'il l'ait qualifié de legs. Les tribunaux décideront s'il y a salaire ou legs d'après les circonstances, les soins que l'exécution demande et le montant de la récompense qui lui est léguée.

Il a été jugé à plusieurs reprises par les cours de Belgique que la disposition faite en faveur de l'exécuteur testamentaire était un legs. Les termes mêmes du testament et le montant de la récompense ne laissaient aucun doute (1). On applique, dans ce cas, les principes qui régissent les legs, et en ce qui concerne la capacité du légataire et en ce qui concerne ses obligations à l'égard du fisc.

Ces principes reçoivent aussi leur application aux notaires. D'après l'article 8 de la loi du 25 ventôse an XI, tel qu'il est généralement interprété, les notaires ne peuvent recevoir un testament qui contient des dispositions en leur faveur. Donc si la disposition faite en faveur de l'exécuteur testamentaire contenait une libéralité, elle serait nulle et le testament lui-même serait vicié (2). Mais une rémunération (3) ou un salaire n'empêcheraient pas l'acte d'être valable. La cour de Douai a jugé le contraire en se fondant sur ce que l'exécution testamentaire avec salaire rendait le notaire partie à l'acte (4). Nous avons d'avance répondu à l'objection. Le notaire n'est pas partie à l'acte où il est nommé exécuteur testamentaire; il ne l'est pas davantage lorsqu'un salaire est attaché au mandat qui lui est conféré. S'il était partie à l'acte, il y aurait concours de consentement, donc contrat; et un testament peut-il être un contrat? On voit que c'est toujours l'idée du mandat qui induit les interprètes en erreur. Dans notre opinion, l'exécution testamentaire n'est pas un véritable mandat.

(1) La Haye, 23 janvier 1824 (*Pasicrisie*, 1824, p. 17). Bruxelles, 4 août 1852 (*Pasicrisie*, 1853, 2, 26).
(2) Comparez Gand, 6 février 1857 (*Pasicrisie*. 1857, 2, 170).
(3) Gand, 18 janvier 1872 (*Pasicrisie*, 1872, 2, 102).
(4) Douai, 15 janvier 1834 (Dalloz, au mot *Notaire*, n° 414).

330. On doit cependant appliquer par analogie à l'exécution testamentaire les principes qui régissent le mandat lorsqu'il y a même motif de décider : l'application analogique des lois est de droit commun. Ainsi on demande si l'exécuteur peut refuser la charge qui lui est confiée, alors qu'il n'a point d'excuse légitime. Tout le monde admet que l'on peut refuser l'exécution testamentaire comme on peut refuser le mandat, sans être obligé d'alléguer une excuse. Mais une fois que l'exécuteur a accepté la charge, il est lié par son consentement comme le mandataire, bien qu'il n'y ait pas de mandat proprement dit. On l'enseigne du moins ainsi (1). Cela est douteux: il n'y a pas de contrat, l'exécuteur ne s'oblige pas envers le testateur qui n'existe plus; il ne s'oblige pas envers les héritiers dont il n'est pas le mandataire, ni envers les légataires qui ne sont pas appelés à consentir. A notre avis donc, il peut abandonner l'exécution testamentaire quand il le voudra; il en est autrement en matière de mandat (art. 2007); mais ici l'analogie fait défaut, on ne peut pas comparer l'exécuteur qui ne contracte d'obligation envers personne au mandataire qui s'oblige envers le mandant.

Ces principes reçoivent exception lorsque le testateur a fait un legs à l'exécuteur testamentaire à raison de la charge qu'il lui impose. L'exécuteur peut toujours refuser la charge en renonçant au legs; c'est le droit commun. Y a-t-il des cas où il aurait droit au legs tout en refusant la charge? Cela dépend de l'intention du testateur, c'est donc une question de fait abandonnée à l'appréciation du juge. Il y a des auteurs qui disent que l'on doit présumer que le testateur a fait le legs en vue de la charge; d'autres soutiennent que, dans certaines circonstances du moins, on doit présumer le contraire. Mieux vaut dire qu'il n'y a aucune présomption; de présomption légale il n'en saurait être question; les présomptions de l'homme dépendent des faits de la cause, et les faits variant d'une cause à

(1) Furgole, chap. X, sect. IV, nos 20 et 22 (t. IV, p. 154 et 155), et tous les auteurs modernes (Dalloz, no 4032, et Demolombe, t. XXII, p. 6, nos 7 et 8).

l'autre, il est assez inutile de les prévoir *à priori* et impossible d'établir des règles à cet égard.

On demande encore si l'exécuteur testamentaire peut refuser la charge après qu'il a accepté le legs. Si le legs est indépendant de la charge, il va de soi qu'il peut recueillir le legs et refuser la charge, en droit du moins; au point de vue de la délicatesse, la décision serait différente. Si le legs est fait à raison de la charge, on rentre dans le droit commun; il y aura un legs fait avec charge, de sorte que le légataire s'oblige à remplir la charge en acceptant le legs (1).

331. L'exécuteur testamentaire peut-il se faire remplacer par un fondé de pouvoir? Quand le testateur lui a donné ce droit, il n'y a plus de question (2). La cour de cassation a jugé en termes généraux « qu'aucune loi n'oblige l'exécuteur testamentaire à agir en personne et ne lui défend de faire remplir, par un fondé de pouvoir spécial, tous les devoirs qui lui sont imposés par le testament (3). » Il n'y a pas de loi, cela est vrai, et en l'absence d'une loi, il serait difficile de défendre à l'exécuteur testamentaire de se faire remplacer. Toutefois il y a un motif de douter. D'ordinaire le testateur donne la saisine du mobilier à l'exécuteur testamentaire; pourrait-il transporter cette saisine, avec les droits qui en résultent, à un mandataire? Cela nous paraît bien douteux. Il est dans l'esprit de la loi que l'exécuteur testamentaire remplisse lui-même l'office d'ami qui lui a été confié; l'amitié et la confiance ne se transportent pas par voie de procuration. On ne conçoit pas davantage que les héritiers doivent souffrir les restrictions que l'exécution testamentaire apporte à leurs droits de la part d'un tiers à qui l'exécuteur transmettrait ses pouvoirs. Il y a une lacune dans la loi, nous la signalons au législateur; à notre avis, les droits et devoirs de l'exécuteur testamentaire sont intransmissibles.

(1) Comparez Duranton, t. IX, p. 375, n° 391; Demolombe, t. XXII, p. 9, n°s 12-14.
(2) Colmar, 8 novembre 1821 (Dalloz, n° 4046).
(3) Rejet, 26 mai 1829 (Dalloz, n° 4056). C'est l'opinion générale (Coin-

§ II. *Droits et obligations de l'exécuteur testamentaire.*

N° 1. PRINCIPE.

332. Il y a un principe qui domine toute cette matière : le testateur peut-il accorder à l'exécuteur testamentaire tels droits qu'il veut, ou les pouvoirs de l'exécuteur doivent-ils être restreints dans les limites établies par la loi? La question est très-controversée et les doutes ne manquent point. Nous croyons que le testateur ne peut pas donner à l'exécuteur testamentaire d'autres droits, d'autres pouvoirs que ceux que la loi elle-même lui confère. Ce principe résulte de la nature même de l'exécution testamentaire. Elle impose des restrictions au droit des héritiers; et qui les impose? Le testateur, c'est-à-dire que le défunt prolonge son empire au delà de la tombe et qu'il apporte des entraves à l'exercice du droit de propriété à un moment où il a cessé de vivre. Voilà certes une situation exceptionnelle, une dérogation aux principes fondamentaux qui régissent le droit de propriété. Dès l'instant de son décès, le défunt cesse d'être propriétaire : la propriété et la possession de ses biens passent de plein droit sur la tête de ses héritiers. Or, la propriété est un droit absolu, exclusif, la loi seule ou les conventions librement consenties par les propriétaires y peuvent apporter des restrictions. Conçoit-on que celui qui ne vit plus, qui ne peut plus avoir aucun droit, vienne restreindre les droits des vivants et que sa volonté exerce son empire, alors qu'il a cessé d'être? On dit que tel est le droit du testateur, puisqu'il dispose de ses biens pour le temps où il n'existera plus (art. 895). Sans doute; mais quel est le temps où les dispositions du défunt reçoivent leur exécution et quelles sont les dispositions qu'il lui est permis de prendre? Il dispose de ses biens, c'est-à-dire qu'il en transmet la propriété à ses légataires à l'instant de sa mort. A ce moment, tous ses droits cessent et d'autres

Delisle, p. 488, n° 14 de l'article 1025; Aubry et Rau, t. VI, p. 132 et note 10; Demolombe, t. XXII, p. 34, n° 41.

droits s'ouvrent. Les droits des héritiers institués et des légataires sont créés par la volonté du testateur, mais dès qu'ils sont ouverts, ils sont indépendants de cette volonté. C'est donc un droit tout à fait exceptionnel que le testateur exerce quand il charge un exécuteur testamentaire de l'exécution de ses dernières volontés; le mandat qu'il lui donne ne commence qu'après sa mort, il agit, par l'intermédiaire de son mandataire, à un moment où il n'existe plus; il agit comme propriétaire, alors que la propriété ne lui appartient plus; il vient restreindre des droits qui ne dépendent plus de lui. Tout cela est anormal, exceptionnel au plus haut degré et, par conséquent, de la plus stricte interprétation.

Vainement dit-on que le testateur est libre de disposer de son patrimoine comme il l'entend; qu'il pourrait ne rien donner à ses légataires, qu'à plus forte raison il peut restreindre leurs droits en nommant un exécuteur testamentaire (1). L'objection suppose que celui qui peut le plus peut toujours le moins. Or, rien n'est plus faux que ce prétendu principe, si l'on veut en faire une règle générale. Sans doute le testateur pouvait ne rien laisser à ceux qu'il a institués ses légataires; mais il ne peut pas leur transmettre une propriété autre que celle que la loi organise; il ne peut pas leur transmettre une propriété limitée, alors que la loi déclare la propriété absolue et illimitée; il ne peut pas avoir la prétention d'exercer encore son droit de propriété alors qu'il n'est plus propriétaire et qu'il ne vit même plus.

On objecte qu'il n'y a aucune raison pour restreindre le droit que la loi donne au testateur de charger un exécuteur testamentaire de l'exécution de ses volontés. Que veut la loi? Elle veut donner au testateur le moyen de pourvoir à l'exécution de ses dispositions; elle doit donc lui permettre d'investir son exécuteur testamentaire de tous les pouvoirs qui sont nécessaires pour atteindre ce but (2). C'est oublier que les héritiers ont aussi des droits

(1) Troplong, n° 2026. t. II, p. 201. Demolombe, t. XXII, p. 80, n° 90.
(2) Aubry et Rau, t. VI, p. 133 et note 11, § 711.

dont il faut tenir compte; il s'agit de concilier les droits des légataires, dont l'exécuteur est le représentant, avec les droits des héritiers. En principe, le droit des héritiers est un droit absolu, puisque c'est un droit de propriété, et en principe aussi le droit du testateur cesse à sa mort. C'est au législateur et à lui seul de déterminer quels droits il veut maintenir au testateur après qu'il a cessé d'exister et dans quelles limites il lui permet d'entraver le droit de propriété des héritiers. Ces limites sont-elles trop étroites? la loi aurait-elle dû accorder un pouvoir plus étendu au testateur? Ce sont des questions de législation qu'il n'appartient pas à l'interprète de résoudre. De quel droit viendrait-il donner à un mort des pouvoirs que la loi ne lui donne pas? De quel droit viendrait-il modifier la propriété des héritiers que la loi déclare absolue (1)?

On dit que cette interprétation restrictive rend la loi illogique, inconséquente. C'est oublier que l'exécution testamentaire s'est introduite par les mœurs, avant d'être formulée par la loi. La tradition joue donc un grand rôle en cette matière, et il en faut tenir grand compte, sauf à la modifier par voie législative, s'il y a lieu. Pothier demande si le testateur peut étendre la saisine que les coutumes accordaient à l'exécuteur testamentaire. « Je ne le pense pas, dit-il, car c'est par la vertu de la loi que l'exécuteur a cette saisine des biens du testateur; comme c'est en faveur du testateur que la loi l'accorde, le testateur peut bien le restreindre, mais il ne peut l'étendre; car il ne peut par sa seule volonté saisir de ses biens, après sa mort, son exécuteur, n'y ayant que la loi qui puisse accorder à l'exécuteur cette saisine, le testateur ne peut l'accorder au delà de ce que la loi accorde. » C'est l'avis de Ricard (2). Ce que Pothier et Ricard disent de la saisine, il faut l'appliquer, par identité de raison, à tous les pouvoirs de l'exécuteur testamentaire, parce qu'il y a identité de raison. Il est vrai que, dans l'ancien droit, les

(1) Zachariæ, édition de Massé et Vergé, t. III, p 261. Comparez Bayle-Mouillard sur Grenier, t. III, p. 12, et les remarques très justes du rédacteur des arrêts de la cour de Bruxelles (*Pasicrisie*, 1815, p. 529).
(2) Pothier, *Des donations testamentaires*, n° 217.

coutumes elles-mêmes donnaient la saisine à l'exécuteur, tandis que, d'après le code civil, le testateur peut la donner s'il le veut; mais cette différence ne touche pas à la question que nous débattons, car c'est toujours en vertu de la loi que le testateur confère la saisine; il ne peut donc la conférer que dans les limites que la loi établit.

333. Les auteurs se prononcent généralement pour l'opinion contraire, mais leur désaccord est tel que l'on peut à peine dire qu'ils aient un principe. MM. Aubry et Rau distinguent; ils admettent l'interprétation restrictive quand il s'agit de pouvoirs qui n'ont pas pour objet l'exécution des dernières volontés du testateur; mais le législateur ayant autorisé le testateur à nommer un exécuteur testamentaire, il lui a par cela même donné la faculté de conférer à ce mandataire tous les pouvoirs qui lui seraient nécessaires d'après les circonstances (1). La distinction est peu juridique. Si le testateur ne peut limiter le droit de propriété des héritiers, en donnant des pouvoirs à son mandataire en dehors de l'exécution du testament, il n'a pas davantage ce droit en dehors des limites que la loi trace à l'exécution testamentaire. Dans la théorie que nous combattons, il eût suffi de l'article 1025 qui donne au testateur le droit de nommer un exécuteur testamentaire; il était inutile de parler des pouvoirs qui dérivent de ce mandat, puisque le testateur est libre de les déterminer d'après les circonstances. Si la loi les définit, elle doit avoir une raison pour le faire; et cette raison est précisément que le législateur a voulu et dû fixer des limites qu'il n'appartient pas au testateur de dépasser. C'est le seul moyen de prévenir l'arbitraire, c'est-à-dire la violation du droit de propriété qui appartient aux héritiers; en effet, où s'arrêteront les pouvoirs qui tiennent à l'exécution des dernières volontés? Il est impossible de le dire; c'est donc permettre aux tribunaux de modifier les droits que les héritiers tiennent de la loi. Cela est inadmissible.

M. Demolombe reproduit la distinction des éditeurs de Zachariæ. Ce qu'il ajoute ne donne pas une grande auto-

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 133 et note 12.

rité à cette doctrine. Il pose comme principe que la faculté de nommer un exécuteur testamentaire est une conséquence de la faculté de faire un testament; d'où il conclut, avec la cour de Douai, que l'étendue des pouvoirs que le testateur peut conférer à ses exécuteurs testamentaires est corrélative à celle des dispositions testamentaires elles-mêmes (1). A notre avis, le point de départ est faux et la conséquence tombe avec le prétendu principe. L'homme a-t-il un pouvoir quelconque après sa mort? Non, certes. La loi lui donne le droit de tester; si elle ne le lui donnait pas, il ne pourrait disposer de ses biens en mourant. Tout est donc de droit étroit en cette matière. Si la loi n'accordait au testateur le pouvoir de nommer un exécuteur testamentaire, il ne l'aurait pas; si donc il l'a, c'est parce que la loi le lui confère, partant il ne peut l'exercer que dans les limites déterminées par la loi. M. Demolombe lui-même y apporte des restrictions qu'il est inutile de discuter: appartient-il à l'interprète de limiter l'exercice d'un droit? Le législateur seul qui crée un droit aussi exorbitant que celui d'agir quand on est mort, peut et doit circonscrire les limites dans lesquelles il s'exerce.

Les éditeurs de Zachariæ citent, à l'appui de leur doctrine et comme la partageant, des auteurs qui ne posent aucun principe, tel que Duranton et d'autres qui professent une opinion différente. Vazeille semble donner à l'exécuteur testamentaire tous les pouvoirs qui lui sont nécessaires pour procurer l'exécution du testament, sans que le testateur les lui ait accordés (2). C'est dépasser la loi et faire une loi nouvelle. Le code détermine avec soin les pouvoirs que le testateur peut conférer à l'exécuteur testamentaire : pourquoi aurait-il pris cette peine si l'exécuteur a de plein droit la faculté de faire tout ce qui tient à l'exécution du testament?

Troplong, que l'on cite aussi, va encore plus loin que Vazeille. La mission des exécuteurs testamentaires, selon

(1) Demolombe, t. XXII, p. 77, nos 84 et 85. Douai, 26 août 1847 (Dalloz. 1847. 2, 209).
(2) Duranton, t. IX, p. 393, n° 411. Vazeille, t. III, 102, n° 12.

lui, peut être aussi variée que celle des testateurs. C'est dire que la volonté du testateur fait loi. Si tel était le système du code civil, le législateur aurait pu se borner à transcrire la loi des XII Tables. Au lieu de conférer au testateur un pouvoir absolu, le code dit ce qu'il peut et ce qu'il ne peut pas faire. Troplong a une singulière explication des dispositions assez nombreuses de notre section; les articles 1026 et suivants sont plutôt faits pour indiquer la capacité ordinaire des exécuteurs testamentaires et suppléer au silence du testateur que pour limiter sa puissance sur ce qui n'excède pas la portion disponible. Il y a dans ces paroles une confusion complète de principes et d'idées. Qu'est-ce que le disponible a de commun avec l'exécution testamentaire? Et de ce que le testateur peut disposer de tous ses biens lorsqu'il ne laisse pas d'héritiers réservataires, conclura-t-on qu'il peut se survivre et limiter et entraver le droit de propriété de ses héritiers? Dans les articles 1026 et suivants, le législateur ne dit pas ce que l'exécuteur peut faire, il dit quels sont les pouvoirs que le testateur peut conférer à son exécuteur testamentaire et il dit quelles sont les obligations des exécuteurs; il n'est pas question de leur *capacité*. Chose singulière! Après avoir enseigné que le testateur peut tout faire, Troplong lui refuse le droit de donner la saisine des immeubles à l'exécuteur (1). Il faut être conséquent; si les articles 1026 et suivants ne limitent pas les pouvoirs du testateur, celui-ci doit avoir le droit de faire tout ce qu'il juge nécessaire pour l'exécution de ses dernières volontés; si, au contraire, ces dispositions sont limitatives, le testateur ne peut pas les dépasser.

334. La jurisprudence est aussi incertaine que la doctrine. Nous y reviendrons en examinant les questions controversées; pour le moment, nous nous bornons à constater les hésitations de la cour de Bruxelles qui a eu plusieurs fois à s'occuper de la question de principe.

Un testateur donne à son exécuteur testamentaire les pouvoirs les plus étendus, celui de recevoir les capitaux

(1) Troplong, t. II, p. 201, n° 2026.

de rente, d'en faire emploi, de soutenir les procès, de poursuivre les débiteurs. Un débiteur poursuivi oppose le défaut de qualité de l'exécuteur. La cour décide que si le testateur a pu donner à son exécuteur testamentaire la saisine, il l'a également pu investir de tels pouvoirs qu'il a jugé convenir dans l'intérêt de sa succession (1). C'est reconnaître au testateur un pouvoir absolu, illimité.

Il se trouva une testatrice qui usa de ce pouvoir en faisant un testament à la façon des XII Tables : elle donnait à son exécuteur testamentaire le pouvoir de partager sa succession et de réclamer telles sommes qu'il voudrait pour ses devoirs, sans être obligé de fournir aucun compte, et s'il rencontrait la moindre résistance chez les héritiers, il pourrait nommer lui-même les héritiers. La validité même du mandat pouvait être contestée, puisque la testatrice n'avait fait aucune disposition de ses biens. On répondait, pour l'exécuteur testamentaire, que la défunte pouvait exclure ses héritiers légaux, qu'elle pouvait, à plus forte raison, leur transmettre son patrimoine modifié. La cour décida que les pouvoirs que la testatrice avait conférés à son exécuteur étaient exorbitants, qu'elle avait dépassé la loi en lui donnant des pouvoirs dont la loi ne parle pas, que le partage de la succession n'entrait pas dans les attributions d'un exécuteur testamentaire (2). La cour revenait sur ses pas et entrait dans la véritable voie qui seule peut conduire à un principe certain, c'est de se conformer au texte du code.

Dans un arrêt postérieur, la cour pose le vrai principe. La faculté de tester, dit-elle, est une pure émanation du droit civil qui règle les droits du testateur. Or, le code civil, en permettant au testateur de nommer des exécuteurs testamentaires, a tracé et fixé leurs fonctions, et il n'est pas permis au testateur de conférer aux exécuteurs des pouvoirs dont la loi ne parle pas. Dans l'espèce, le testateur avait chargé l'exécuteur de liquider la succes-

(1) Bruxelles, 18 novembre 1815 (*Pasicrisie*, 1815, p. 529).
(2) Bruxelles, 1er juin 1816 (*Pasicrisie*, 1816, p. 141).

sion; la cour jugea que la loi ne donne pas ce droit à l'exécuteur et ne permet point de le lui conférer (1).

N° 2. DE LA SAISINE.

I. *Etendue de la saisine.*

335. L'article 1026 porte : « Le testateur pourra donner aux exécuteurs testamentaires la saisine du tout, ou seulement d'une partie de son mobilier; mais elle ne pourra durer au delà de l'an et jour à compter de son décès. S'il ne la leur a pas donnée, ils ne pourront l'exiger. » En matière de succession, on entend par saisine la possession de l'hérédité déférée par la loi aux héritiers d'après un ordre qu'elle établit. Dans l'ancien droit, la saisine des exécuteurs testamentaires était aussi légale; les coutumes la leur accordaient sans qu'ils eussent besoin de l'exiger et sans que le testateur dût la leur donner (2). C'était une conséquence logique de la défiance qui a présidé à l'institution des exécuteurs testamentaires; le défunt les nomme parce qu'il craint que les héritiers n'exécutent pas fidèlement ses dernières volontés; s'il y a des craintes légitimes, c'est surtout pour le mobilier, puisqu'il est si facile de le dissiper et de le détourner. La saisine donnée aux exécuteurs testamentaires était un moyen énergique de prévenir ce danger. On ne voit pas trop pourquoi les auteurs du code n'ont pas maintenu la saisine légale des coutumes; c'est obliger le testateur à la donner, et s'il ignore qu'il ait ce droit, c'est compromettre l'exécution testamentaire, puisque la saisine du mobilier est le moyen le plus énergique d'atteindre le but que le testateur a en vue. Pothier dit que le pouvoir des exécuteurs testamentaires consiste principalement dans la saisine que les coutumes accordent à l'exécuteur testamentaire pour l'accomplissement du testament. Sans la saisine, l'exécution testamentaire manque d'efficacité (3).

(1) Bruxelles, 25 février 1818 (*Pasicrisie*, 1818, p 44; Dalloz, n° 4025) Dans le même sens, Bruxelles, 28 novembre 1872 (*Pasicrisie*, 1873, 2, 96).
(2) Pothier, *Des donations testamentaires*, n° 212 et suiv
(3) Comparez Duranton, t. IX, p. 389, n° 396.

336. Aux termes de l'article 1026, le testateur peut donner la saisine aux exécuteurs testamentaires; s'il ne la leur a pas donnée, ils ne pourront l'exiger. Faut-il conclure de là que la saisine doit être accordée en termes exprès? Il a été jugé que la loi n'exige pas une concession expresse. Il est certain qu'il n'y a de formule sacramentelle pas plus pour la saisine que pour les autres dispositions de dernière volonté (art. 1002 et 967). Mais du moins faut-il une expression de la volonté du testateur, car il déroge à la saisine légale des héritiers ou du légataire universel; et les exceptions demandent généralement une manifestation expresse de la volonté. Si on ne l'exige pas pour la saisine, c'est par application du principe en vertu duquel le testateur peut exprimer sa volonté comme il l'entend. Si un testateur donne à son exécuteur tous les droits, tous les pouvoirs qui constituent la saisine, il faut décider, comme l'a fait la cour de Bruxelles, que l'exécuteur aura la saisine, quoique le testateur n'ait pas prononcé ce mot (1).

337. La loi dit que le testateur peut donner à l'exécuteur testamentaire la saisine de tout le mobilier ou d'une partie du mobilier. L'étendue de la saisine dépend donc de la volonté du testateur, comme la saisine même. Sous ce rapport, l'innovation du code se justifie; la richesse mobilière a acquis une extension que les coutumes ne pouvaient point soupçonner, il y a de grandes fortunes qui sont exclusivement mobilières; si les legs sont peu importants, il est inutile de donner à l'exécuteur la saisine de tout le mobilier, le moyen doit être proportionné au but.

Qu'entend-on par mobilier dans l'article 1026? L'article 535 porte que l'on entend par mobilier tout ce qui est censé meuble d'après les règles que la loi établit. Il comprend donc aussi les droits mobiliers. Toutefois il a été jugé que l'exécuteur ne pouvait réclamer les droits dont le défunt n'est pas maître de disposer; tel serait un bail fait sous la condition que le preneur ne peut le céder, en

(1) Bruxelles, 8 novembre 1842 (*Pasicrisie*, 1842, 2, 320), et 7 juin 1848 (*ibid.*, 1851, 2, 339).

tout ou en partie, sans le consentement du propriétaire; le testateur, dit la cour de Gand, ne peut transmettre à son exécuteur la saisine d'un droit qu'il ne peut céder. En effet, quel est le but de la saisine? C'est de permettre à l'exécuteur testamentaire de provoquer la vente du mobilier (art. 1031); or, il ne peut vendre les droits que le défunt lui-même n'aurait pu céder. Il faut donc dire que l'exécuteur aura, à la vérité, la saisine du droit de bail, c'est-à-dire la possession, mais cette possession ne lui donnera pas le droit de le vendre (1).

338. Le testateur peut-il donner la saisine des immeubles à l'exécuteur testamentaire? On admet généralement la négative, sauf le dissentiment de Delvincourt et de Vazeille, dont l'opinion est restée isolée. C'est une conséquence évidente du principe que nous avons posé sur les pouvoirs qui peuvent être conférés à l'exécuteur. Le testateur aurait-il pu donner la saisine à l'exécuteur si la loi ne lui avait expressément conféré ce droit? Non, certes, car la saisine de l'exécuteur enlève aux héritiers saisis l'administration du mobilier; elle entrave donc et elle altère les droits qu'ils ont comme propriétaires; or, le testateur peut bien disposer de son patrimoine, mais il ne peut pas limiter le droit de propriété de ses héritiers. D'ailleurs les motifs pour lesquels la loi permet de donner la saisine du mobilier à l'exécuteur n'existent pas pour les immeubles; les légataires ont un moyen simple et énergique de garantir leurs droits, c'est de prendre inscription sur les immeubles et de demander la séparation de patrimoines (loi hypothécaire, art. 39). Nous croyons inutile d'insister après ce que nous avons dit plus haut (n° 332) (2).

339. La saisine de l'exécuteur testamentaire n'empêche pas la saisine de l'héritier saisi en vertu de la loi. C'est la remarque de Dumoulin reproduite par Pothier. Est-ce à dire que l'héritier et l'exécuteur aient tout en-

(1) Gand, 23 février 1870 (*Pasicrisie*, 1870, 2, 244).

(2) Aubry et Rau, t. VI, p. 136, notes 23 et 24, et les auteurs qu'ils citent. Demolombe, t. XXII, p. 41, n° 47. Dalloz, n° 4065. Bruxelles, 8 août 1864 (*Pasicrisie*, 1864, 2, 411).

semble la saisine du mobilier? Cela n'est pas possible, mais la saisine accordée à l'exécuteur n'est pas une vraie possession. L'exécuteur, en vertu de la saisine qui lui est donnée, est constitué séquestre; il n'est en possession qu'au nom de l'héritier; c'est donc l'héritier qui est le vrai possesseur de tous les biens de la succession, suivant la règle : *Le mort saisit le vif* (1).

Du principe que l'exécuteur possède pour les héritiers la cour de cassation de Belgique a déduit la conséquence que les héritiers peuvent ajouter à leur possession celle de l'exécuteur testamentaire, pour compléter la prescription trentenaire qu'ils opposent à l'action en pétition d'hérédité (2). A vrai dire, ils n'ont pas besoin d'invoquer cette possession; car la saisine leur donne la possession de fait comme de droit; ce sont eux qui possèdent et qui, par conséquent, prescrivent.

Les héritiers ayant la possession, ils ont aussi tous les droits attachés à la possession; ils ont la jouissance des biens; si l'exécuteur perçoit les fruits naturels ou civils, il leur en doit compte (3). Parfois le droit des héritiers et celui de l'exécuteur se trouvent en conflit; l'exécuteur peut avoir besoin des titres, livres, papiers du défunt, et les héritiers aussi ont le droit de les consulter. Il a été jugé que le dépôt en devait être fait au greffe si les héritiers le demandent, afin que toutes les parties intéressées en puissent prendre inspection (4).

340. Le testateur peut-il donner à son exécuteur testamentaire la saisine de tout son mobilier quand il laisse des héritiers à réserve? Cette question divise les auteurs; il nous semble qu'elle n'est guère douteuse. La cour de Paris l'a résolue affirmativement. Elle dit très-bien que l'article 1026 est général et ne distingue pas s'il y a ou non des héritiers réservataires. Et il n'y avait pas lieu de distinguer. La saisine de l'exécuteur testamentaire n'enlève pas aux réservataires les droits qui leur appar-

(1) Pothier, *Des donations testamentaires*, n° 212.
(2) Rejet, 23 décembre 1834 (*Pasicrisie*, 1834, 1, 333).
(3) Gand, 23 février 1870 (*Pasicrisie*, 1870, 2, 214).
(4) Bruxelles, 25 février 1818 (*Pasicrisie*, 1818, p. 44).

tiennent en vertu de la loi (n° 339), et ils peuvent faire cesser la saisine en fournissant à l'exécuteur les deniers suffisants pour acquitter les legs (1).

II. *Durée de la saisine.*

341. L'article 1026 dit que la saisine de l'exécuteur testamentaire ne pourra durer au delà de l'an et jour à compter du décès du testateur. Malgré les termes restrictifs de la loi, on a soutenu que le testateur pouvait prolonger la saisine au delà d'un an, donc sans limite aucune (2). Cette opinion témoigne du peu de respect que les interprètes ont pour le texte de la loi; la lettre est restrictive et l'esprit l'est aussi. La loi a voulu concilier les droits des héritiers avec les nécessités de l'exécution testamentaire; c'est dans ce but qu'elle a limité la durée de la saisine. Les observations du Tribunat dissiperaient tout doute s'il y en avait. Le projet arrêté par le conseil d'Etat était conçu comme suit : « Il pourra leur donner la saisine pendant l'an et jour. » Cela suffisait pour limiter la durée de la saisine; le Tribunat fut d'avis qu'il fallait dire d'une manière plus clairement que la saisine, dans aucun cas, ne pouvait durer au delà de l'an et jour. On fit droit à sa demande, en rédigeant l'article d'une manière restrictive. Il est inutile d'insister sur un point qui est d'évidence.

Les tribunaux peuvent-ils proroger la durée de la saisine? Troplong dit que rien n'empêche que le délai d'un an ne puisse être prorogé par le juge, dans le cas où l'exécuteur aurait été entravé dans ses opérations par des contestations ou autrement, ou bien encore s'il était prouvé que le délai fût insuffisant pour remplir la mission qui lui est confiée. La cour de Corse, ajoute Troplong, l'a jugé ainsi sur nos conclusions conformes (3). Si la cour de Corse l'a jugé ainsi, elle a mal jugé. Quoi! les tribunaux auraient

(1) Paris, 18 décembre 1871 (Dalloz, 1873, 2, 15). Les autorités pour et contre sont citées en note.

(2) Duranton, t. IX, p. 382, n° 400, combattu par tous les auteurs (Marcadé, t. IV, p. 109, n° II de l'article 1026).

(3) Troplong, t. II, p. 193, n° 1999. Comparez Grenier, t. III, p. 11, n° 330.

le droit de restreindre et d'entraver l'exercice de la propriété! Ils sont établis pour la garantir, et non pour la violer. Tout le monde, y compris Troplong, refuse au testateur le droit de prolonger la saisine au delà du délai légal ; cependant les mêmes raisons que l'on allègue pour les tribunaux existent et *à fortiori* pour le testateur. Il est propriétaire, libre de disposer de ses biens, libre de ne pas les donner à ceux qu'il institue légataires; mais s'il les leur donne, il n'est pas libre de leur enlever la détention et l'administration pendant plus d'un an. Et ce que le propriétaire n'a pas le droit de faire, les tribunaux le pourraient (1)!

342. La jurisprudence est d'accord avec la doctrine. Un testateur avait créé une fondation de 10,000 francs de rente, destinée à pourvoir *à perpétuité* à l'éducation et à l'apprentissage de ses parents collatéraux. Il avait institué des exécuteurs testamentaires pour veiller à l'exécution de ses volontés avec le pouvoir de se donner des successeurs. Il a été jugé que cette prorogation illimitée était nulle et que la perpétuité de l'institution dégénérait en une véritable substitution (2). Le mot est mal choisi, il y avait charge de conserver, il n'y avait pas charge de rendre. Pour mieux dire, il y avait une fondation perpétuelle, c'est-à-dire création d'une personne civile avec établissement d'administrateurs spéciaux. Nous avons dit ailleurs qu'une pareille disposition est radicalement nulle comme contraire à l'ordre public (3).

La cour ajoute que l'exécution donnée pendant quelque temps à une disposition pareille n'en purge pas le vice. Cela est évident; les nullités d'ordre public ne se couvrent pas par la confirmation. Quand l'ordre public n'est pas en cause, la saisine peut être prorogée du consentement des parties intéressées. Par elle-même la saisine est d'intérêt purement privé ; rien n'empêche donc les héritiers de consentir à ce qu'elle soit prolongée (3).

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 136, note 26; Demolombe, t. XXII, p. 44, n° 49, et les auteurs qu'ils citent.
(2) Pau, 7 décembre 1861 (Dalloz, 1863, 5, 164).
(3) Rejet de la cour de cassation de Belgique, 6 juillet 1871 (*Pasicrisie*, 1871, 1, 236).

343. La saisine cesse après l'an et jour à compter du décès du testateur. L'article 1026 suppose que l'exécuteur testamentaire a été saisi dès l'ouverture de l'hérédité. Si, pour des causes quelconques, l'exécuteur n'a pas pu se mettre en possession lors du décès du testateur, l'année ne commencerait à courir que du jour où l'exécuteur a été ou a pu se mettre en possession du mobilier. On le décidait ainsi dans l'ancien droit, quoique les coutumes, de même que le code civil, fissent courir le délai à partir du décès. On doit entendre le code dans le même sens, puisqu'il ne fait que reproduire la disposition des coutumes. La raison d'ailleurs commande cette interprétation. Ce que la loi veut, c'est que l'exécuteur ait une année pour exécuter les volontés du testateur; or, si le délai courait à partir du décès, il se pourrait que le délai d'un an fût écoulé avant que l'exécuteur eût connaissance du testament, ou avant qu'il pût se mettre en possession si le testament était attaqué. C'est l'opinion unanime des auteurs (1).

344. Quand la saisine cesse, l'exécution testamentaire cesse-t-elle également? Pothier le dit : l'exécution testamentaire est restreinte par les coutumes à un an afin que les héritiers ne soient pas trop longtemps privés de la jouissance des biens de la succession, sous le prétexte que le testament ne serait pas encore exécuté. Il n'en est pas de même sous l'empire du code civil; la saisine n'est plus de l'essence de l'exécution testamentaire, tandis que, dans l'ancien droit, le mandat de l'exécuteur se confondait avec la saisine. L'exécuteur testamentaire peut ne pas avoir la saisine; son mandat consiste à procurer l'exécution du testament, il continue tant que les dernières volontés du défunt ne sont pas remplies (2).

345. Aux termes de l'article 1027, « l'héritier pourra faire cesser la saisine, en offrant de remettre aux exécuteurs testamentaires la somme suffisante pour le payement

(1) Pothier, *Des donations testamentaires*, n° 231, d'après Dumoulin, et la jurisprudence. Toullier, t. III, 1, p. 325, n° 594, et tous les auteurs.

(2) Bruxelles, 9 septembre 1815 (*Pasicrisie*, 1815, p. 455), et 4 août 1852 (*ibid.*, 1853, 2, 26).

des legs mobiliers, ou en justifiant de ce payement. » Par offre, la loi entend, non une simple promesse, mais une offre réelle; d'après le texte même de la loi, elle doit équivaloir au payement des legs; il faut donc que les héritiers remettent à l'exécuteur les deniers nécessaires pour faire ce payement. Il y a un arrêt en ce sens, et cela n'est point douteux (1).

Le droit que l'article 1027 accorde aux héritiers est absolu, en ce sens qu'ils peuvent l'exercer alors même que le testateur aurait donné mandat à l'exécuteur de vendre tous les biens de la succession et de la liquider. En effet, cette vente n'est qu'un moyen pour arriver à l'exécution du testament; si les héritiers l'ont exécuté en payant les legs, ou s'ils fournissent à l'exécuteur les deniers nécessaires pour les payer, l'exécution testamentaire n'a plus de raison d'être (2). Il a été jugé que l'un des héritiers n'a pas besoin du concours de ses cohéritiers pour exercer le droit que lui donne l'article 1027; s'il veut avancer les deniers nécessaires pour l'acquittement des legs, les légataires et l'exécuteur testamentaire n'ont certes pas le droit de les refuser, les légataires reçoivent ce qui leur est dû et le créancier est tenu de recevoir ce qu'on lui offre; quant à l'exécuteur testamentaire, son mandat est une charge, et non un droit : lorsque la charge est remplie, le mandat cesse (3).

346. L'application des principes que nous venons d'exposer a donné lieu à une difficulté qui a été portée devant la cour de cassation de Belgique. Pendant l'an de la saisine, l'exécuteur, qui a reçu mandat à cet effet, procède à la vente des biens par le ministère d'un notaire; après l'expiration de l'année, le notaire remet le prix à l'exécuteur. Les héritiers prétendent que ce payement est nul comme ayant été fait à une personne qui n'avait pas qualité pour le recevoir; ils demandent que le notaire soit condamné à payer entre leurs mains ce qu'il avait indûment payé à l'exécuteur. Ces prétentions ont été rejetées et elles de-

(1) Bruxelles, 4 août 1852 (*Pasicrisie*, 1853, 2, 26).
(2) Bruxelles, 16 mars 1811 (Dalloz, n° 4077).
(3) Bruxelles, 15 mars 1817 (*Pasicrisie*, 1817, p. 347).

vaient l'être, car elles sont en opposition avec les principes qui régissent le mandat. L'exécuteur donne au notaire mandat de vendre; ce que le notaire reçoit des acheteurs, il le touche pour le mandant, c'est donc celui-ci qui est censé recevoir le prix de vente au moment où le payement se fait entre les mains de son mandataire. Qu'importe que le notaire ne remette pas immédiatement à l'exécuteur le prix qu'il a touché? Il n'en est pas moins débiteur du prix envers l'exécuteur. Il ne doit rien aux héritiers, car il n'a point traité avec eux; étant tenu de payer à l'exécuteur qui l'a chargé de faire la vente, il se libère naturellement en payant à son mandant. Dira-t-on que celui-ci n'a plus le droit d'agir après que la saisine a cessé? Il est vrai qu'il ne pourrait plus faire de vente, mais il peut toucher le prix de ce qu'il a valablement vendu; il aurait pu recevoir les deniers au moment de la vente, donc il peut encore les recevoir après que la saisine a cessé (1).

III. *Effets de la saisine.*

347. Pothier dit que l'exécuteur peut se mettre de lui-même en possession des biens dont la coutume le saisit (2); dans notre droit moderne, il faut dire du mobilier dont le testateur lui a donné la saisine. Cela est sans difficulté quand le testament est authentique. Mais que faut-il décider si le testament est olographe ou mystique? Le légataire universel, dont les droits sont bien plus étendus que ceux de l'exécuteur testamentaire, est tenu de se faire envoyer en possession par le président du tribunal si le testament est olographe ou mystique (art. 1008). Il est impossible d'admettre que l'exécuteur puisse, sans intervention de la justice, appréhender le mobilier en vertu d'un écrit sous seing privé. La loi ne déterminant aucune forme en ce qui concerne l'exécuteur, il faut dé-

(1) Rejet, 5 mars 1846 (*Pasicrisie*, 1846, 1, 341).
(2) Pothier, *Des donations testamentaires*, n° 218.

cider qu'il doit s'adresser à la justice si les héritiers saisis ne consentent pas à lui remettre le mobilier dont il a la saisine.

348. Pothier enseigne, d'après Dumoulin, qu'un autre effet de la saisine est que l'exécuteur peut vendre les meubles à sa requête; mais il doit faire cette vente du consentement de l'héritier, et si l'héritier n'y consent pas, il doit l'assigner pour faire ordonner la vente par le juge, ce que l'héritier ne peut empêcher, à moins qu'il n'offre de remettre à l'exécuteur les sommes nécessaires pour l'exécution du testament. Le code consacre cette doctrine dans l'article 1031. Nous y reviendrons en traitant des fonctions de l'exécuteur testamentaire. Le produit de la vente doit être versé entre ses mains; c'est une conséquence directe de la saisine; l'exécuteur a le droit d'appréhender tout ce dont il est saisi. D'ailleurs la vente étant nécessaire pour le payement des legs, l'exécuteur testamentaire doit recevoir les deniers pour s'acquitter de sa mission, qui consiste précisément à exécuter les dispositions de dernière volonté (1).

349. Par la même raison, il peut toucher les capitaux dus à la succession. Les capitaux sont compris dans le mobilier dont il est saisi; c'est donc à lui que les débiteurs doivent payer. En est-il de même des revenus? Il faut distinguer. Quant aux revenus échus au décès du testateur, ils sont compris dans le mobilier dont le testateur donne la saisine à son exécuteur testamentaire; c'est donc lui qui doit les toucher. Peut-il aussi recevoir les revenus qui échoient pendant l'année de la saisine? La question est controversée et il y a quelque doute. On peut dire que le défunt a donné à l'exécuteur la saisine de tout le mobilier, ce qui veut dire de tout le mobilier héréditaire, et dans ce mobilier sont compris les revenus. Nous croyons que l'opinion contraire est plus conforme aux principes. Le testateur ne peut donner à l'exécuteur que la possession des biens qui sont dans son patrimoine;

(1) Pothier, *Des donations testamentaires*, n° 218; Toullier, t. III, 1, p. 323, n° 585.

or, les revenus qui échoient après son décès ne lui ont jamais appartenu; ils appartiennent aux héritiers en vertu du droit de propriété qui leur est transmis; et le testateur peut-il conférer à l'exécuteur la possession de ce qui appartient à ses héritiers? Ce serait une véritable atteinte au droit de propriété (1). Notre opinion est conforme à la tradition (2).

350. C'est encore une suite de la saisine des meubles, dit Pothier, que l'exécuteur testamentaire peut contraindre au payement les débiteurs de la succession et recevoir ce qu'ils doivent; et, par suite, il peut les poursuivre en justice. On en concluait que l'exécuteur devait faire les diligences nécessaires pour obtenir le payement des dettes; s'il négligeait de les exiger et que les débiteurs devinssent insolvables, il en était déclaré responsable, comme n'ayant pas rempli son devoir (3). Les auteurs modernes enseignent la même doctrine (4).

Il y a un arrêt de la cour de Bruxelles en sens contraire. La cour part du principe que nous avons posé (n° 332) : c'est que les pouvoirs et, par suite, les obligations des exécuteurs testamentaires dérivent de la loi seule, puisque la faculté de les nommer renfermant celle de donner un mandat à exécuter après la mort du mandant, est une émanation du droit civil. De là suit que le testateur ne peut étendre à d'autres objets le mandat de l'exécuteur qu'il nomme, ce mandat devant rester dans les limites de la loi qui lui a donné l'être. Or, le code civil ne donne pas à l'exécuteur le pouvoir de poursuivre en justice les actions appartenant à la succession, il lui donne seulement le droit de provoquer la vente du mobilier. Le silence de la loi décide la question (5). Si l'exécuteur est sans qualité pour poursuivre en justice les actions de la

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 137 et note 31; Demolombe, t. XXII, p. 49, n° 53, et les auteurs qu'ils citent. En sens contraire, Duranton, t. IX, p. 393, n° 412; Troplong, t. II, p. 193, n° 2001.

(2) Furgole, *Des testaments*, chap. X, sect. IV, n° 40 (t. IV, p. 160).

(3) Pothier, *Des donations testamentaires*, n° 220. Furgole, chap. X, sect. IV, n° 34.

(4) Demolombe, t. XXII, p. 50, n° 56. Dalloz, n° 4092.

(5) Bruxelles, 3 janvier 1824 (*Pasicrisie*, 1824, p. 5).

succession, la conséquence en sera qu'il ne peut être tenu à des dommages-intérêts envers les héritiers du chef de l'insolvabilité des débiteurs.

Nous admettons le principe qui sert de point de départ à la cour; mais l'arrêt n'en fait-il pas une application trop étroite? Furgole dit très-bien que la saisine a été donnée à l'exécuteur testamentaire pour payer les legs et pour remplir les autres volontés du testateur; or, à quoi lui servirait la saisine des créances s'il n'en pouvait exiger le payement et s'il ne pouvait poursuivre les débiteurs? Tout l'actif mobilier peut consister en créances; si l'exécuteur ne peut les recouvrer, comment exécutera-t-il son mandat? La saisine implique donc le droit de poursuivre les débiteurs (1). Autre est la question de savoir si, à défaut de poursuites, l'exécuteur testamentaire est responsable de l'insolvabilité des débiteurs. Nous croyons, avec la cour de Bruxelles, qu'il ne l'est pas à l'égard des héritiers. La raison en est que les héritiers ayant la saisine, ont eux-mêmes le droit de poursuivre les débiteurs; c'est donc à eux d'agir, et ils ne peuvent pas se plaindre de ce que l'exécuteur n'agit point, car il n'est point leur représentant et il n'a point mission de veiller à leurs intérêts; il est chargé de procurer l'exécution du testament; si donc il encourt une responsabilité, ce ne peut être qu'à l'égard des légataires. Ici, nous semble-t-il, est le vrai siége de la difficulté.

L'exécuteur peut poursuivre les débiteurs en vertu de la saisine qu'il a du mobilier. Mais il ne doit le faire que si l'exécution du testament l'exige. S'il y a des deniers suffisants pour payer les légataires, pourquoi poursuivrait-il les débiteurs? Il n'agirait plus comme exécuteur du testament, il agirait comme représentant des héritiers, et ce n'est pas là sa mission. Mais si le recouvrement des créances est nécessaire pour l'acquittement des legs et si, par la négligence de l'exécuteur, les débiteurs deviennent insolvables, l'exécuteur pourra être déclaré responsable

(1) Il y a un arrêt récent de la cour de Bruxelles en ce sens, 18 mai 1874 (*Pasicriste,* 1874, 2, 244).

des suites de sa négligence (1). Nous disons qu'il pourra l'être, car la responsabilité est une question de faute, et c'est au juge d'en apprécier la gravité. La jurisprudence est en ce sens. Il a été jugé que l'exécuteur ne pouvait répondre de l'insolvabilité des débiteurs alors qu'il s'agissait de créances anciennes que le testateur lui-même n'avait pu faire rentrer, malgré les condamnations qu'il avait obtenues; que l'exécuteur n'était pas tenu d'agir quand les procès s'étendraient au delà de la durée de ses fonctions; que tout ce que l'on peut exiger de lui, c'est qu'il arrête le cours des prescriptions en faisant des actes conservatoires. La cour de Bordeaux ajoute une considération très-équitable, c'est que le mandat de l'exécuteur doit s'apprécier par l'état et la qualité de la personne à laquelle il a été confié. Dans l'espèce, il s'agissait d'un capitaine de navire; on ne pouvait pas supposer que le testateur eût entendu lui imposer des charges incompatibles avec ses devoirs de capitaine : pouvait-il négliger les intérêts des armateurs pour soutenir des procès contre les débiteurs de la succession (2)?

351. L'exécuteur peut-il répondre aux actions des créanciers et légataires? Nous reviendrons sur la question en traitant des fonctions de l'exécuteur testamentaire. Pour le moment, nous nous bornons à constater que la loi ne lui donne pas qualité pour représenter les héritiers, il n'est pas leur mandataire, il n'est pas chargé de leurs intérêts. Il faut, en cette matière, s'en tenir au texte de la loi; comme le dit très-bien la cour de Bruxelles dans l'arrêt que nous venons de citer, le mandat de l'exécuteur est tout à fait exceptionnel et, comme tel, de stricte interprétation.

N° 3. DES MESURES CONSERVATOIRES.

I. *Des scellés.*

352. L'article 1031 porte : « Les exécuteurs testa-

(1) Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 4093.
(2) Agen, 17 avril 1807. Comparez Rejet, 27 mars 1827 (Dalloz, n° 4094, 1° et 2°).

mentaires feront apposer les scellés s'il y a des héritiers mineurs, interdits ou absents. » On demande dans l'intérêt de qui les exécuteurs doivent requérir l'apposition des scellés. En général, toutes les obligations des exécuteurs se rapportent à l'exécution du testament, elles leur sont imposées, non dans l'intérêt des héritiers, mais plutôt contre eux; les scellés sont un acte de conservation et aussi de défiance. C'est un préliminaire de l'inventaire auquel les exécuteurs doivent procéder. Ainsi entendue, la mesure se comprendrait parfaitement. Mais le texte de la loi ne permet pas que l'on s'attache à ce point de vue exclusif; l'article 1031 n'oblige les exécuteurs de faire apposer les scellés que s'il y a des héritiers mineurs, interdits ou absents, c'est-à-dire des héritiers incapables de veiller eux-mêmes à leurs intérêts. Cela prouve que le législateur s'est encore préoccupé d'autres intérêts que de ceux des légataires (1). Il en résulte un défaut d'unité et de logique et même quelque incertitude dans l'application de la loi.

353. Le code de procédure ne fait intervenir des tiers pour requérir l'apposition des scellés dans l'intérêt des mineurs que lorsque ceux-ci n'ont pas de tuteur; ainsi l'article 910 dit que si les mineurs n'ont pas de tuteur, l'apposition des scellés pourra être requise par un de leurs parents; aux termes de l'article 911, le scellé sera apposé, à la diligence du ministère public et même d'office par le juge de paix, si le mineur est sans tuteur et que le scellé ne soit pas requis par un parent. On demande si l'exécuteur est tenu de faire apposer les scellés lorsque les héritiers mineurs ont un tuteur? Il nous semble que l'obligation imposée par le code civil à l'exécuteur testamentaire est modifiée par le code de procédure civile. Conçoit-on que l'exécuteur testamentaire, que sa mission n'appelle pas à veiller aux intérêts des héritiers, doive faire apposer les scellés alors qu'il y a un tuteur, c'est-à-dire un représentant légal des mineurs (2)?

(1) Demolombe, t. XXII, p. 56, n° 61. Comp. Troplong, t. II, p. 199, n° 2020.

(2) Voyez, en sens divers, les auteurs cités par Demolombe, t. XXII, p. 54, n° 61.

354. Que faut-il décider s'il n'y a pas d'héritiers incapables? L'exécuteur testamentaire n'est plus obligé, dans ce cas, de requérir l'apposition des scellés, mais il en a certainement le droit. En le chargeant de veiller à ce que le testament soit exécuté, l'article 1031 lui donne le droit de faire tout ce qui est nécessaire pour procurer cette exécution et, avant tout, de provoquer les mesures qui tendent à conserver le mobilier de la succession, lequel est le gage des légataires. L'article 935 du code de procédure suppose que l'exécuteur testamentaire concourt avec les héritiers pour requérir l'inventaire; or, l'apposition des scellés est un préliminaire de l'inventaire; l'inventaire n'est une garantie véritable que lorsque les scellés auront empêché tout détournement du mobilier héréditaire (1).

355. Les exécuteurs testamentaires doivent-ils requérir l'apposition des scellés quand ils n'ont pas la saisine? Si l'apposition des scellés n'était prescrite que dans l'intérêt des légataires, on devrait décider que l'exécuteur non saisi, et par suite étranger à toute gestion, n'est pas tenu de faire apposer les scellés. Mais le texte, comme nous venons de le dire, étend ici les attributions de l'exécuteur. La loi dit d'une manière absolue qu'il doit requérir l'apposition des scellés sans distinguer s'il a ou non la saisine. Dans le système du code, l'exécuteur peut n'être pas saisi; si donc les obligations que lui impose l'article 1031 étaient une conséquence de la saisine, le législateur aurait dû le dire. Mais commençant par déclarer que la saisine est facultative et prescrivant ensuite ce que l'exécuteur doit faire, la loi décide implicitement qu'il doit remplir ces obligations, soit qu'il ait la saisine, soit qu'il ne l'ait point. C'est l'opinion assez généralement suivie (2).

II. *De l'inventaire.*

356. L'article 1031 porte que « les exécuteurs testamentaires feront faire, en présence de l'héritier présomp-

(1) Demolombe, t. XXII, p. 56, n° 61.
(2) Voyez, en sens divers, les auteurs cités par Dalloz, n° 4068.

tif, ou lui dûment appelé, l'inventaire des biens de la succession. » Ici se représente la question de savoir si les exécuteurs doivent faire inventaire quand ils n'ont pas la saisine. Il nous semble que le texte décide la question. Si l'inventaire était une conséquence de la saisine, la loi aurait borné l'obligation de l'exécuteur à l'inventaire du mobilier dont le testateur lui a donné la saisine; tandis qu'elle veut que les *biens de la succession* soient inventoriés sur la réquisition de l'exécuteur; ainsi non-seulement tout le mobilier, sans distinguer si l'exécuteur en a ou non la saisine, mais encore les immeubles dont le testateur ne peut pas même le saisir. Donc il n'y a pas de rapport nécessaire entre la saisine et l'inventaire auquel l'exécuteur doit procéder. Cela est décisif (1).

Il y a cependant un motif de douter très-sérieux, c'est la tradition. Pothier dit que l'exécuteur testamentaire n'est saisi des biens de la succession qu'en faisant inventaire, qu'il ne doit pas s'immiscer dans l'exécution du testament avant d'avoir rempli cette formalité. Furgole remarque que l'exécuteur était tenu de faire inventaire dans les pays coutumiers, tandis qu'il n'y était pas obligé dans les pays de droit écrit. Il nous apprend la raison de cette différence : c'est que dans les pays coutumiers l'exécuteur était saisi de certains biens du défunt et était chargé d'une gestion dont il devait rendre compte; dans les pays de droit écrit, au contraire, l'exécuteur n'avait pas la saisine, il n'administrait point; dès lors l'inventaire devenait inutile, car il n'est nécessaire qu'afin que ceux qui ont une administration et qui sont chargés des biens d'autrui puissent en rendre un compte fidèle (2). Cela est vrai en règle générale; mais l'article 1031 ne déroge-t-il pas à ces principes? Il oblige l'exécuteur à faire inventaire de biens dont il ne doit certes pas rendre compte, puisqu'il n'en a pas la saisine. Donc l'obligation qui lui incombe est absolue.

(1) Toullier, t. III, 1, p. 323, n° 584. Troplong, t. II, p. 200, n° 2022. En sens contraire, Demolombe, t. XXII, p. 57, n° 62; p. 89, n° 102.
(2) Pothier, *Des donations testamentaires*, n° 226. Furgole, chap. X, sect. IV, n°s 27 et 28 (t. IV, p. 156).

357. A qui appartient le choix de l'officier public qui dresse l'inventaire? Dans l'ancien droit, l'exécuteur testamentaire choisissait les officiers qui devaient faire l'inventaire, la prisée et la vente. Si les héritiers n'approuvaient pas son choix, ils pouvaient nommer un second notaire, ou un second priseur pour opérer conjointement avec ceux que l'exécuteur avait désignés. La plupart des auteurs enseignent que, sous l'empire du code civil, l'exécuteur testamentaire a le même droit (1). Vazeille remarque que ces savants professeurs n'ont pas pris garde à la disposition de l'article 935 du code de procédure civile, qui décide la question; il porte : « Le conjoint commun en biens, *les héritiers, l'exécuteur testamentaire* et les légataires universel ou à titre universel pourront convenir du choix d'un ou de deux notaires et d'un ou de deux commissaires-priseurs ou experts; s'ils n'en conviennent pas, il sera procédé par un ou deux notaires, commissaires-priseurs ou experts nommés d'office par le président du tribunal de première instance (2). »

On demande si le testateur peut donner à l'exécuteur testamentaire le choix du notaire? La cour de Gand a décidé la question affirmativement en se fondant sur les articles 1026 et 1031 (3). L'article 1026 ne parle pas des officiers publics dont le ministère est requis pour l'inventaire et la vente; il permet seulement au testateur d'accorder la saisine à l'exécuteur testamentaire; si la saisine donne à l'exécuteur le droit de désigner l'officier ministériel, l'héritier doit avoir le même droit, car lui aussi a la saisine, il est de plus propriétaire; nous sommes donc en présence de deux droits égaux, pour ne pas dire que le droit de l'héritier est supérieur, et partant il y a lieu d'appliquer l'article 935 du code de procédure. Dira-t-on que le testateur peut enlever à son héritier le droit que celui-ci tient de la saisine pour l'attribuer à l'exécu-

(1) Toullier, t. III, 1, p. 322, n° 584; Duranton, t. IX, p. 386, n° 405. Aubry et Rau, t. VI. p. 134, et notes 14 et 15.

(2) Vazeille, t. III, p. 98, n° 3 de l'article 1031, suivi par Coin-Delisle et Bayle-Mouillard.

(3) Gand, 3 février 1838 (*Pasicrisie*, 1838, 2, 27, et Dalloz n° 429).

teur testamentaire? Nous avons répondu d'avance à l'objection. Si le principe, tel que nous l'avons formulé, est exact, il tranche la difficulté; le testateur ne peut pas donner à son exécuteur des pouvoirs qui dépouillent les héritiers d'un droit inhérent à leur qualité de propriétaires et de possesseurs, sauf dans les limites que la loi trace.

358. Le testateur peut-il dispenser l'exécuteur de faire inventaire? Nous croyons avec Pothier qu'il ne le peut pas (1). Dispenser l'exécuteur de dresser inventaire, c'est le dispenser implicitement de rendre compte de sa gestion, car l'inventaire est la base du compte. Aussi les deux dispenses sont-elles d'ordinaire accordées à la fois par le testateur. Et s'il n'y a ni inventaire ni compte, les héritiers n'ont plus aucune garantie contre la négligence ni contre la mauvaise foi de l'exécuteur testamentaire. Or, conçoit-on que le testateur affranchisse l'exécuteur des obligations que la bonne foi lui impose? Une clause qui permet à un administrateur d'être impunément négligent ou infidèle n'est-elle pas contraire aux bonnes mœurs et, comme telle, non écrite? On objecte que rien n'empêche les héritiers d'user du droit que la loi leur accorde et de faire eux-mêmes inventaire. L'objection ne répond pas à l'argument de moralité. Pour apprécier la validité d'une clause, il faut l'apprécier en elle-même, et non en prenant en considération ce qu'un tiers fera ou ne fera pas. Si la clause que nous examinons est immorale, elle reste telle, alors même que les héritiers prendraient des mesures pour se garantir contre la négligence ou le dol de l'exécuteur (2). Aussi les plus logiques parmi les partisans de l'opinion que nous combattons disent-ils que le testateur pourrait défendre l'inventaire (3). Ici l'immoralité est flagrante. L'inventaire est une garantie contre le détournement du mobilier : prohiber l'inventaire, c'est dire que l'exécuteur qui est saisi du mobilier peut le détourner impunément. Une clause qui facilite, qui favorise le détour-

(1) Pothier, *Des donations testamentaires*, n° 227; et *Coutume d'Orléans*, art. 291, note 3.
(2) Comparez Demolombe, t. XXII, p. 57, n° 63, et les auteurs en sens divers, cités par Aubry et Rau, t VI, p. 134, note 15, § 711.
(3) Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 4076.

nement n'est-elle pas viciée et nulle dans son essence? On oppose l'adage : Qui peut le plus peut le moins; nous répondons non, quand le moins consiste dans une clause immorale. Libre au testateur de disposer de ses biens comme il l'entend; il peut ne rien laisser à ses héritiers; mais s'il leur laisse son patrimoine, il ne peut pas ajouter la clause qu'il sera permis de les voler impunément (1).

N° 3. DES MESURES D'EXÉCUTION.

I. *Principe.*

359. L'article 1031 porte que « les exécuteurs testamentaires veilleront à ce que le testament soit exécuté, et ils pourront, en cas de contestation sur son exécution, intervenir pour en soutenir la validité. »

La première partie de l'article établit un principe général qui reçoit son application à tous les cas où l'exécution des dernières volontés du testateur est en cause. Ce que l'exécuteur peut faire dépend des circonstances. Ainsi l'on admet qu'il peut prendre inscription sur les immeubles de l'hérédité, au nom des légataires, afin de leur conserver le bénéfice de séparation de patrimoines (2). Il y a cependant un motif de douter : c'est que la loi donne ce droit aux légataires; ils peuvent donc eux-mêmes veiller à leurs intérêts; n'est-ce pas dire que l'exécuteur est sans qualité? L'objection prouve trop; tout ce que la loi permet de faire à l'exécuteur, elle autorise aussi les légataires à le faire; de ce que les légataires peuvent prendre inscription, on ne doit donc pas conclure que l'exécuteur ne le peut pas. Il suffit que l'inscription assure l'exécution du testament pour que l'exécuteur ait le droit de la prendre.

360. Le droit d'intervention que l'article 1031 accorde à l'exécuteur est une conséquence du principe posé par la loi. C'est une extension du droit commun. D'après l'article 466 du code de procédure, aucune intervention n'est

(1) Duranton, t. IX, p. 387 et suiv., n° 406; Troplong, t. II, p. 200, n° 2013; Marcadé, t. IV, p. 114, n° III de l'article 1031.
(2) Duranton, t. IX, p. 395, n° 417; Aubry et Rau, t. VI, p. 135.

reçue, si ce n'est de la part de ceux qui auraient droit de former tierce opposition. L'exécuteur peut intervenir en vertu de la mission que le testateur lui a donnée de procurer l'exécution de son testament. Il ne faut pas prendre l'article 1031 à la lettre et en conclure que l'exécuteur n'a droit d'intervenir que si la validité du testament est attaquée; il a été jugé qu'il a le droit de surveiller toutes les contestations qui touchent au maintien des dernières volontés du défunt; que, par conséquent, il peut intervenir toutes les fois qu'il est nécessaire pour le meilleur accomplissement de son mandat. Mais il faut qu'il y ait nécessité ou au moins utilité. Le même arrêt a décidé que si l'exécuteur ne fait que reproduire les moyens que les légataires font valoir, sa présence au procès est inutile et, par suite, frustratoire, ce qui autorise le tribunal à mettre les frais à sa charge (1).

Il suit de là que les exécuteurs testamentaires ne doivent pas intervenir; l'article 1031 dit qu'ils le pourront. C'est à eux de juger si leur intervention est utile. S'ils sont intervenus, ils peuvent demander à être mis hors de cause. Dès que les légataires défendent eux-mêmes leurs intérêts et que l'exécuteur ne peut apporter aucune lumière nouvelle dans le débat, il n'y a pas de raison pour qu'il reste en cause (2).

361. La loi ne donne pas à l'exécuteur testamentaire le droit d'exercer les actions de la succession; elle le lui refuse, au contraire, implicitement, en lui permettant seulement d'intervenir dans les contestations qui concernent l'exécution du testament. Cela résulte d'ailleurs de la nature même de sa mission. Il n'est pas le représentant des héritiers; ceux-ci peuvent et doivent veiller eux-mêmes à leurs intérêts; il est chargé d'assurer l'exécution des dernières volontés du défunt; son mandat est donc limité et, en dehors de ces limites, il n'a pas le droit d'agir (3).

(1) Paris, 10 décembre 1850 (Dalloz, 1851, 2, 1).
(2) Liége, 11 juin 1851 (*Pasicrisie*, 1851, 2, 311).
(3) Metz, 3 juillet 1865 (Dalloz, 1865, 2, 126). Demolombe, t. XXII, p. 71, n° 79.

Il a été jugé que l'exécuteur testamentaire n'avait pas le droit d'intenter l'action paulienne pour demander la nullité des actes faits par le défunt en fraude de ses créanciers. L'exécuteur n'est pas le représentant des créanciers, il n'est pas chargé du payement des dettes, et dans notre opinion, comme nous le dirons plus loin, le testateur ne peut pas même lui donner ce droit. Donc les actions qui appartiennent aux créanciers sont en dehors des limites de son mandat (1). Autre est la question de savoir si l'exécuteur peut intervenir dans les contestations entre l'héritier et un débiteur de la succession ou un détenteur de biens héréditaires lorsque l'héritier, de complicité avec le tiers, cherche à frauder les droits des légataires. Dès que l'intérêt des légataires est en cause, l'exécuteur a qualité pour agir. Tout le monde est d'accord sur ce point; seulement les uns disent qu'il doit se borner à prévenir les légataires (2), d'autres sont d'avis qu'il peut intervenir (3). Cette dernière opinion nous paraît plus conforme au texte et à l'esprit de la loi. L'article 1031 donne à l'exécuteur le droit d'intervenir dans les contestations sur l'exécution du testament et le charge en même temps de veiller à ce que le testament soit exécuté. Donc l'exécuteur a qualité dès qu'il s'agit d'assurer l'exécution des dernières volontés du testateur, et la loi indique la voie qu'il doit prendre pour agir quand une contestation intéresse les légataires : c'est l'intervention.

362. L'exécuteur testamentaire qui a la saisine peut poursuivre les débiteurs de l'hérédité (n° 350). On demande si les jugements rendus avec lui ont effet à l'égard des héritiers. La négative est certaine; elle résulte des principes qui régissent la chose jugée et de la mission de l'exécuteur. Aux termes de l'article 1351, les jugements n'ont d'effet qu'entre les parties, et on n'est partie dans une cause que lorsqu'on y figure personnellement ou que l'on y est représenté légalement. Or, les héritiers ne sont

(1) Liége, 25 juillet 1868 (*Pasicrisie*, 1869, 2, 215).
(2) Toullier, t. III, 1, p. 325, n° 591; Duranton, t. IX, p. 395, n° 415.
(3) Demolombe, t. XXII, p. 71, n° 79.

pas représentés par l'exécuteur testamentaire ; ce qui décide la question (1).

II. *Vente des biens.*

363. L'article 1031 dit que les exécuteurs testamentaires « provoqueront la vente du mobilier à défaut de deniers suffisants pour acquitter les legs. » Pothier nous dira ce qu'il faut entendre par ces mots : *provoquer la vente*. L'exécuteur, dit-il, peut vendre à sa requête les meubles, mais il doit faire cette vente du consentement des héritiers. En effet, les héritiers sont propriétaires, et il n'y a que le propriétaire qui puisse vendre, soit volontairement, soit par autorité de justice. Si les héritiers ne consentent pas à la vente, l'exécuteur doit les assigner pour faire ordonner la vente par le juge. Les héritiers n'ont qu'un moyen de l'empêcher, c'est d'offrir à l'exécuteur les sommes nécessaires pour l'exécution du testament. Si les héritiers offrent à l'exécuteur des deniers suffisants, la vente n'a plus de raison d'être, car elle ne se fait, d'après l'article 1031, qu'à défaut de deniers; et quand les héritiers fournissent les deniers nécessaires, on ne peut pas dire qu'il n'y en a pas. On voit que le droit coutumier, de même que le code, cherchait à concilier les intérêts de l'héritier avec ceux des légataires; les héritiers peuvent tenir à conserver des meubles qui ont pour eux un prix d'affection, et un sentiment d'honneur peut les engager à avancer les deniers nécessaires au payement des legs, plutôt que de laisser vendre publiquement le mobilier du défunt (2).

364. S'il n'y a point de deniers suffisants et si la vente du mobilier ne suffit point pour payer les légataires, l'exécuteur pourra-t-il provoquer la vente des immeubles? Le silence de la loi décide la question. Si l'exécuteur avait le droit de provoquer la vente des immeubles, aussi bien que celle des meubles, la loi aurait dit qu'il peut vendre

(1) Bayle-Mouillard sur Grenier, t. III, p. 15, note *c*.
(2) Pothier, *Des donations testamentaires*, n° 218. Troplong, t. II, p. 2011, n° 2024.

les *biens* du défunt; en disant qu'il peut faire vendre le *mobilier*, elle exclut les immeubles. C'est, il est vrai, argumenter du silence de la loi, mais dans les matières exceptionnelles cette argumentation est décisive. L'esprit de la loi est d'accord avec le texte. Dans l'ancien droit, les immeubles étaient considérés comme la portion la plus précieuse de la fortune des citoyens; le législateur mettait toute sa sollicitude à les conserver dans les familles. Or, l'exécution testamentaire n'exige pas, en général, que les immeubles soient vendus; alors même que le prix provenant de la vente ne suffirait point pour payer les légataires, les héritiers peuvent préférer d'emprunter que de laisser vendre l'héritage de la famille. Les légataires, après tout, ont un moyen énergique de sauvegarder leurs droits sur les immeubles héréditaires, c'est de prendre inscription sur ces biens et de demander la séparation des patrimoines. Ce qui nous paraît décisif, c'est que, dans l'ancien droit, on ne permettait pas à l'exécuteur de vendre les immeubles, ni de faire condamner l'héritier à en souffrir la vente, pas même dans les coutumes qui lui en accordaient la saisine (1).

L'opinion contraire invoque l'article 1031, qui charge l'exécuteur de veiller à ce que le testament soit exécuté (2). On peut répondre que l'argument prouve trop. S'il suffisait de donner à l'exécuteur la mission de veiller à l'exécution du testament, pour l'investir du pouvoir de faire tout ce qui peut faciliter cette exécution, le législateur aurait dû se contenter d'une seule disposition, celle que l'on cite; à quoi bon dire que l'exécuteur peut provoquer la vente du mobilier, s'il peut provoquer la vente de tous les biens en vertu de son mandat? Nous avons dit pourquoi le législateur définit les pouvoirs de l'exécuteur et les limite; c'est qu'il s'agit d'un mandat donné par le défunt et dont l'effet est de restreindre le droit de propriété des héritiers. Il ne faut pas seulement considérer les intérêts des légataires, il faut aussi tenir compte du droit des héritiers.

(1) Pothier, *Des donations testamentaires*, n° 219. Bayle-Mouillard sur Grenier, t. III, p. 17; Aubry et Rau, t. VI, p. 134, note 16, § 711.
(2) Demolombe, t. XXII, p. 66, n° 74. Troplong, t. II, p. 201, n° 2024.

Ils ont aussi des obligations, dira-t-on; ils doivent acquitter les legs, et s'ils ne le font pas volontairement, on doit avoir le droit de les y forcer. Sans doute. Mais à qui ce droit appartient-il? Aux légataires; quant à l'exécuteur testamentaire, il n'est appelé à concourir à l'exécution des dernières volontés du défunt que dans les limites déterminées par la loi.

365. Le testateur peut-il donner à l'exécuteur testamentaire le droit de vendre ses immeubles? Nous avons d'avance répondu à la question. Il y a deux principes contraires en présence, l'interprétation restrictive et l'interprétation extensive. Notre principe est celui de l'interprétation restrictive (nos 332-334). Nous avons dit nos raisons. La doctrine et la jurisprudence se prononcent pour une interprétation de plus en plus extensive. Si elles continuent à marcher dans cette voie, elles aboutiront à un nouveau code civil : en matière d'exécution testamentaire, cela nous paraît de toute évidence.

Troplong avoue que, par sa mission légale, l'exécuteur testamentaire n'est chargé que de payer les legs et de veiller à l'accomplissement du testament. Cela décide la question contre le système qui prévaut dans la doctrine et dans la jurisprudence. Le mandat de l'exécuteur testamentaire est une création de la loi; les droits du testateur finissent à sa mort; si sa volonté exerce encore un empire au delà de la tombe, ce n'est certes pas en vertu des principes généraux de droit; d'après ces principes, le mandat de l'exécuteur est une véritable fiction, car il se forme à un moment où le concours de volontés, nécessaire pour tout contrat, est devenu impossible par la mort du prétendu mandant. Cependant l'on écrit que rien n'empêche le testateur d'élargir ce mandat légal (1). Rien n'empêche! Il serait plus vrai de dire que tout empêche de l'élargir : la nature des choses qui ne permet pas aux morts d'exercer leur volonté : les droits des héritiers qui, devenus propriétaires et possesseurs de l'hérédité, voient leurs droits entravés, altérés par les pouvoirs illimités

(1) Troplong, t. II, p. 201, n° 2026. Demolombe, t. XXII, p. 80, n° 90.

que l'on revendique en faveur du testateur et de l'exécuteur testamentaire.

La jurisprudence pose en principe que la faculté de confier à un tiers le soin d'exécuter les volontés du testateur est la conséquence naturelle du droit de disposer accordé à ce dernier (1). Quoi! il est naturel que l'homme ait le droit de commander alors qu'il est mort! S'il y a quelque chose de contraire à la nature, c'est bien de vouloir, alors que l'on n'existe plus. Dira-t-on que la loi reconnaît ce droit à l'homme en lui donnant la faculté de tester? En un certain sens, oui. Voilà pourquoi on dit que la faculté de tester est de droit civil; c'est dire que la loi a dû la consacrer pour qu'elle existe. Il faut donc laisser la *nature* de côté, pour s'en tenir à la fiction de la loi, car fiction il y a. Que ce soit le législateur ou le testateur qui appelle à l'hérédité du défunt un successeur quelconque, c'est toujours par une fiction que le mort saisit le vif; car le défunt reste propriétaire et possesseur jusqu'à l'instant de son décès et, à ce moment, il ne peut plus vouloir. C'est donc la loi qui donne effet à sa volonté. Dans quelles limites? La loi créant le droit, c'est aussi à elle à déterminer les limites dans lesquelles il s'exerce. Elle aurait pu ne pas permettre au testateur de nommer un exécuteur testamentaire. Elle le permet, c'est donc d'elle seule que le testateur tient ce droit. Il est, non pas naturel, mais exceptionnel de son essence.

Si le principe d'où part la jurisprudence est faux, les conséquences qu'elle en déduit doivent aussi être fausses. C'est toujours la *nature des choses* que la cour de Douai invoque pour en induire que l'étendue des pouvoirs que le testateur peut conférer à son exécuteur testamentaire doit être corrélative à celle des dispositions testamentaires elles-mêmes. On voit que le législateur disparaît, le testateur seul parle et ordonne, alors qu'il n'a le droit d'ordonner que parce que la loi lui en accorde la faculté. La cour de Douai renverse les rôles : on ne concevrait

(1) Douai, 26 août 1847 (Dalloz, 1847, 2, 209). Metz, 13 mai 1869 (Dalloz, 1869, 2, 192).



pas, dit-elle, que celui qui peut légitimement ordonner ne pût pas charger son exécuteur testamentaire de la pleine et entière exécution de ses dispositions. On conçoit encore moins, dirons-nous, que celui qui ne peut ordonner qu'en vertu de la loi puisse ordonner quoi que ce soit sans que la loi le lui permette. C'est ce qu'elle a fait dans l'article 1031. La cour de Douai a une singulière explication de cette disposition; à l'entendre, elle a pour objet de régler les fonctions générales et ordinaires des exécuteurs testamentaires; il ne s'ensuit nullement que le testateur ne puisse lui-même régler leur mission et leur conférer des pouvoirs spéciaux autres et plus étendus que ceux énoncés dans cet article. Ne dirait-on pas que l'exécution testamentaire est un contrat à la façon de la vente? que le législateur prévoit seulement ce que les parties ont voulu, mais qu'il leur permet de vouloir autre chose? On oublie qui figure dans ce prétendu contrat; c'est le testateur seul qui y parle, mais il n'y parle qu'avec la permission de la loi; la loi lui dit ce qu'il peut ordonner; hors des limites qu'elle lui trace, il ne peut rien faire; car c'est un mort qui parle. C'est dire que le législateur seul a la parole en cette matière. La cour de Douai insiste et dit que l'article 1031 n'est pas conçu en termes prohibitifs ou limitatifs et qu'il n'y a point de raison pour que le législateur restreigne à ce point la liberté du testateur. Faut-il apprendre à des jurisconsultes qu'il y a des lois restrictives de leur nature parce qu'elles sont exceptionnelles, et existe-t-il une loi plus exceptionnelle que celle qui donne à un mort le droit de commander? Demandera-t-on pourquoi la loi ne lui donne pas plein pouvoir d'ordonner? Nous l'avons dit : c'est qu'il y a un autre droit en présence du droit du testateur, c'est le droit des héritiers, c'est-à-dire le droit de propriété. La cour de Douai ne se préoccupe que de la *liberté du testateur*. Il y est pourvu, la loi lui permet de disposer de ses biens comme il l'entend; mais il y a une limite nécessaire à cette liberté. Le testateur pourra-t-il, sous prétexte de liberté, enchaîner éternellement les droits des héritiers? Personne n'ose dire qu'il le peut. Il y a donc une limite à sa liberté: il est

libre tant qu'il vit, il n'est plus libre quand il est mort. Dès l'instant de son décès, d'autres droits s'ouvrent; la loi en doit tenir compte, puisque c'est sur cette transmission des héritages que repose la société civile.

La cour de Douai prétend que le législateur ne restreint pas la liberté du testateur en ce qui concerne le droit de vente qu'il peut accorder à son exécuteur testamentaire. Il est vrai, comme elle le dit, que cette restriction ne résulte pas de l'article 1026 qui, de l'aveu de la cour, ne permet pas au testateur de donner à l'exécuteur la saisine des immeubles. Mais cette disposition prouve au moins une chose, c'est que la loi tient encore compte d'un autre principe que de la liberté du testateur. Elle enchaîne sa liberté : dans l'intérêt de qui? Evidemment dans l'intérêt des héritiers; elle ne veut pas que le testateur les prive de l'administration des immeubles. C'est dans le même esprit de restriction que la loi autorise l'exécuteur à vendre le mobilier, tandis qu'elle ne lui donne pas le droit de provoquer la vente des immeubles. La libre disposition des biens est un droit pour les héritiers, ce droit mérite protection aussi bien que la liberté du testateur.

La cour de Douai s'efforce ensuite de démontrer que le droit de vendre les immeubles ne porte pas atteinte à la saisine, soit de l'héritier, soit du légataire universel. Il est vrai que les deux saisines coexistent sans que l'une détruise l'autre; nous l'avons dit (n° 339). Mais là n'est pas la question. La saisine est la possession légale qui, malgré la saisine de l'exécuteur testamentaire, continue à appartenir aux représentants du défunt. Ils sont plus que possesseurs, ils sont propriétaires, et l'article 544 ne dit-il pas que la propriété est le droit de jouir et disposer des choses *de la manière la plus absolue?* Ici naît le conflit entre le droit absolu de propriété et la liberté du testateur, que l'on dit aussi absolue. La prétendue liberté du testateur dominera-t-elle le droit de propriété des héritiers? Non; la cour de Douai est obligée d'avouer que le testateur ne peut pas accorder à l'exécuteur la saisine des immeubles. Qu'on cesse donc de parler de la liberté du

testateur ; cette liberté ne consiste que dans le pouvoir de disposer de ses biens; elle cesse à l'instant même où la disposition des biens produit son effet pour faire place à une autre liberté, celle des héritiers.

Sur le pourvoi en cassation, il est intervenu un arrêt de rejet; nous ne craignons pas de le dire, les motifs sont d'une faiblesse extrême. La cour pose en principe que « le testateur qui n'a point d'héritiers à réservé est libre d'imposer aux légataires universels qu'il s'est choisis, et *auxquels il était le maître de ne rien laisser*, telle condition qu'il lui plaît, pourvu qu'elle ne soit contraire ni à la loi, ni à l'ordre public ou aux bonnes mœurs (1). » Le principe est vrai en ce qui concerne les conditions sous lesquelles le testateur appelle les légataires à son hérédité; il n'est pas vrai en ce qui concerne les droits résultant de la révocation. C'est l'adage banal, qui peut le plus peut le moins, qui a égaré la cour. Il est cependant reconnu par tout le monde que cet adage est faux quand il y a une raison de différence entre le plus et le moins. Le testateur pouvait certes ne rien laisser à son légataire universel, et néanmoins il ne peut pas le priver de la saisine; il ne peut donner à son exécuteur que la saisine du mobilier, et encore ne peut-il la prolonger au delà de l'an et jour. Donc il peut le plus et il ne peut pas le moins. Partant il n'est pas vrai de dire qu'il peut imposer à son légataire telle condition qu'il lui plaît. La cour dit qu'il n'y a pas de loi qui défende au testateur d'ordonner la vente de ses immeubles et d'autoriser l'exécuteur à la faire. C'est mal poser la question; il faut demander s'il y a une loi qui permette au testateur d'ordonner après qu'il est mort. Certes cela ne se peut qu'en vertu de la loi; donc pas de loi, pas de droit. Le droit de vendre les immeubles, dit la cour, n'excède point les pouvoirs qu'il est permis au testateur de conférer à l'exécuteur testamentaire. Voilà une affirmation; mais où est la preuve? La cour suprême se borne à répéter ce qu'avait dit la cour de Douai, que le droit de vendre les biens ne porte aucune atteinte à la saisine

(1) Rejet, 8 août 1848 (Dalloz, 1848, 1, 188).

légale de l'héritier, pas plus quand il s'agit des immeubles que quand il s'agit des meubles. Nous répétons que la saisine légale est hors de cause : la loi permet de modifier le droit de propriété des héritiers en ce qui concerne les meubles; elle ne le permet pas en ce qui concerne les immeubles. Tel est le code civil; trouve-t-on qu'il est trop restrictif, que l'on en fasse un autre. Mais ce droit n'appartient qu'au législateur (1).

366. La jurisprudence des cours de Belgique a varié et quant au principe et quant aux applications du principe. Ces hésitations ne témoignent pas en faveur de la doctrine que nous combattons. Il importe de les constater, pour que l'on ne nous oppose pas la jurisprudence comme une autorité incontestable.

En 1809, la cour de Bruxelles a admis, en principe, la validité du mandat, conféré à l'exécuteur testamentaire, de vendre les immeubles. L'arrêt, rendu contre les conclusions du ministère public, n'a aucune importance doctrinale, car il ne donne pas un seul motif à l'appui de l'opinion qu'il consacre. Les légataires qui s'opposaient à la vente donnaient d'excellentes raisons à l'appui de leur opposition; la cour n'y eut aucun égard, elle ne les discute même pas (2).

En 1843, la cour de Bruxelles valida également le mandat donné par le testateur à son exécuteur testamentaire; mais la nécessité de vendre était reconnue par toutes les parties intéressées; il s'agissait plutôt de savoir au nom de qui se ferait la vente; et ce point n'était pas douteux, toute vente devant se faire au nom des propriétaires. Il y avait encore une autre difficulté concernant le choix du notaire; comme des mineurs étaient en cause, la difficulté se trouvait tranchée par la loi du 12 juin 1816 : le notaire devait être désigné par le juge. Du reste, la question de principe que nous examinons ne fut pas agitée (3).

En 1818, la cour de Bruxelles, changea de jurispru-

(1) Comparez le tome XI de mes *Principes*, p. 596, n° 457.
(2) Bruxelles, 2 août 1809 (Dalloz, n° 4087, 1°).
(3) Bruxelles, 8 avril 1843 (*Pasicrisie*, 1843, 2, 235, et Dalloz, n° 1108, 3°).

dence. Dans un arrêt que nous avons cité (n° 334), elle dit que la nomination et les pouvoirs des exécuteurs testamentaires émanent du pur droit civil; c'est dire que le législateur a créé ce mandat exceptionnel et que lui seul peut en fixer l'étendue et les limites. En 1850, nouveau changement de jurisprudence. L'arrêt de 1850 voit dans l'exécution testamentaire une conséquence du droit que la loi reconnaît à l'homme de transmettre ses biens, ce qui place dans les mains du testateur le droit d'en régler l'exercice. C'est la doctrine que venaient d'admettre la cour de Douai et la cour de cassation de France. La cour de Bruxelles dit que l'article 1031 ne limite pas les pouvoirs du testateur, elle va plus loin, et, dans l'opinion que nous combattons, il faut aller jusque-là : le testateur peut conférer à l'exécuteur des attributions plus étendues et même des pouvoirs d'une nature différente; le législateur, dit la cour, aurait porté atteinte à la liberté dont jouissent les testateurs de disposer de leurs biens, s'il leur avait refusé ce droit. En 1818, la cour raisonnait autrement, et nous croyons qu'elle raisonnait mieux. Le mandat étant de pur droit civil, c'est au législateur à en régler l'étendue; d'où suit que tout ce que la loi ne permet pas au testateur lui est par cela même défendu. En partant de son nouveau principe, la cour de Bruxelles fait dire à la loi le contraire de ce qu'elle dit. Elle invoque l'article 1031 qui charge l'exécuteur de veiller à l'exécution du testament; et elle en conclut qu'il peut vendre les immeubles si le testateur lui confère ce droit; or, ce même article dit quels sont les pouvoirs de l'exécuteur en ce qui concerne la vente des biens, il donne à l'exécuteur la saisine du mobilier et le droit d'en provoquer l'aliénation; il ne lui donne aucun droit quant aux immeubles (1).

La cour n'est pas restée fidèle à sa nouvelle jurisprudence. En 1864, elle avait à statuer sur l'effet d'une clause qui donnait à l'exécuteur testamentaire des pouvoirs tellement étendus, que celui-ci prétendit qu'il était légataire

(1) Bruxelles, 17 avril 1850 (*Pasicrisie*, 1851, 2, 14). Comparez Gand, 1er août 1857 (*Pasicrisie*, 1857, 2, 416).

à titre universel de tous les immeubles. Il demanda que tout au moins il lui fût permis de vendre les immeubles de la succession comme la testatrice le prescrivait et d'en appliquer le prix de la façon indiquée par elle. La cour trouva ce mandat exorbitant. Quoi ! dit-elle, la loi ne veut pas, et sur ce point tout le monde est d'accord, que le testateur donne la saisine des immeubles à son exécuteur testamentaire. Et qu'est-ce que cette saisine? Le seul effet serait de retarder d'un an au plus la mise en possession des héritiers. Et l'on prétend que le testateur, qui ne peut enlever à ses héritiers la détention des immeubles, peut donner à l'exécuteur le droit d'en disposer et de les vendre! Tout ce que la cour admet, c'est que le testateur charge l'exécuteur de provoquer la vente des immeubles en cas d'insuffisance du mobilier pour acquitter les legs. Ce droit rentre dans les termes de l'article 1031, d'après lequel la mission de l'exécuteur est de veiller à ce que le testament soit exécuté. En effet, la vente des immeubles peut être le seul moyen d'y parvenir. La cour invoque la tradition. Furgole et Ferrière disent que l'exécuteur peut faire assigner l'héritier afin de voir ordonner qu'il sera tenu de fournir les sommes qui manquent pour l'exécution du testament et, en cas de refus, qu'il sera vendu des immeubles de la succession (1). Réduite à ces termes, la question ne présente guère d'intérêt pratique. Les légataires auraient incontestablement ce droit. Qu'ils l'exercent directement ou par l'intermédiaire de l'exécuteur testamentaire, peu importe. Il ne reste qu'une difficulté de théorie : l'exécuteur est-il le représentant des légataires et peut-il faire tout ce que les légataires pourraient faire? Cela est au moins douteux. Dans un arrêt récent, la cour de Bruxelles est revenue à la vraie doctrine qu'elle avait consacrée par son arrêt de 1818 (2).

367. Le mandat qui a paru exorbitant à la cour de Bruxelles est considéré comme naturel et légitime par la jurisprudence française. Nous allons assister à une exécu-

(1) Bruxelles, 8 août 1864 (*Pasicrisie*, 1864, 2, 411).
(2) Bruxelles, 28 novembre 1872 (*Pasicrisie*, 1873, 2, 96).

tion testamentaire dont il n'y a pas une trace dans le code, il faut dire plus, que le code et les principes réprouvent. C'est la jurisprudence qui l'a créée et la doctrine l'a approuvée. Un testateur qui ne laisse pas d'héritiers à réserve institue des légataires universels; il confère à un exécuteur testamentaire le pouvoir de vendre tous ses immeubles pour en employer le prix à l'acquit des legs particuliers et pour en distribuer ensuite le reliquat entre les légataires universels qu'il a institués. C'est le mandat de liquider la succession; est-il valable? Oui, dit la cour de Douai. La loi permet à celui qui ne laisse pas d'héritiers à réserve de disposer de ses biens comme il l'entend. En lui conférant ce droit, la loi lui laisse la plus entière liberté quant au mode de distribution de ses biens; ses volontés, à cet égard, doivent recevoir leur complète exécution du moment qu'elles ne sont contraires ni aux prescriptions de la loi, ni à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. Tel est le principe que l'on pose; c'est celui de la toute-puissance du testateur; on le fonde sur les articles 893, 895 et 913 du code civil. Que disent ces articles? Que l'on peut disposer de ses biens par testament, sauf à respecter la réserve. *Disposer de ses biens*, qu'est-ce que cela veut dire? L'article 711 nous donne la réponse : « La propriété des biens s'acquiert et se transmet par donation testamentaire. » Donc disposer de ses biens par testament, c'est en transmettre la propriété aux légataires. Tel est l'effet des legs, d'après l'article 1014 : « Tout legs pur et simple donne au légataire, du jour du décès du testateur, un droit à la chose léguée. » Tout legs pur et simple, dit la loi; le legs peut être conditionnel; dans ce cas, on applique les principes qui régissent les conditions. En définitive, la liberté de tester, invoquée par la cour de Douai, consiste dans la faculté de transmettre aux légataires la propriété de ses biens; le testateur peut distribuer ses biens comme il lui plaît, cela n'est point douteux, mais il faut également entendre cette faculté en ce sens qu'il peut donner à qui il veut la propriété des biens qu'il laissera à son décès.

Ce n'est pas ainsi que la cour comprend la liberté illi-

mitée qu'elle revendique pour le testateur. Aucune disposition de la loi, dit-elle, n'oblige le testateur à transmettre ses biens en nature à ceux qu'il juge à propos d'en gratifier. Rien dès lors ne fait obstacle à ce qu'en instituant des légataires particuliers et des légataires universels, le testateur ordonne que tous ses biens meubles et immeubles soient vendus après son décès, dans la forme par lui indiquée, pour le prix être employé d'abord au payement des dettes et des legs particuliers et le reliquat être distribué entre ses légataires universels. La cour dit qu'aucune loi ne s'oppose à une pareille disposition. Et qu'est-ce donc que toute la section relative aux exécuteurs testamentaires? Si les articles 893, 895 et 913 donnent au testateur le pouvoir de disposer, après sa mort, de ses biens comme s'il vivait encore, à quoi bon alors les articles 1025 et suivants qui lui donnent, non un pouvoir illimité de pourvoir à l'exécution de ses dernières volontés, mais un pouvoir très-limité? La cour a confondu deux choses très-distinctes : la transmission des biens et l'exécution des dispositions qui les transmettent. L'article 895 qu'elle cite donne au testateur le droit de disposer de ses biens pour le temps où il n'existera plus, c'est-à-dire à l'instant de sa mort; mais une fois cette transmission faite, son droit de tester est épuisé. En mourant, il transmet à ses légataires la propriété de ses biens; au moment même où il meurt, son droit cesse et celui de ses légataires s'ouvre. Ils sont propriétaires en vertu de la loi (art. 1014), c'est à eux, après cela, à procéder à la liquidation de la succession. Le testateur peut-il intervenir dans cette liquidation et la faire pour ses légataires? Ceci est un tout autre ordre d'idées : il s'agit de savoir si le testateur peut encore ordonner après qu'il n'existe plus; car c'est lui qui agit par l'intermédiaire de l'exécuteur testamentaire. La loi le lui permet; c'est une nouvelle extension du droit de tester, car il n'est plus question de disposer des biens, les dispositions testamentaires ont produit leur effet, les légataires sont devenus propriétaires. Cette propriété peut-elle être restreinte par la volonté du testateur? celui-ci peut-il ordonner que les biens soient vendus alors que les

légataires préféreraient les partager en nature? C'est à ces questions que répond la section VII, *des Exécuteurs testamentaires*. Elle permet au testateur de nommer un exécuteur qui veille à ce que ses dernières volontés reçoivent leur exécution. Mais elle ne permet pas de lui conférer des pouvoirs illimités. Même en ce qui concerne l'exécution des legs, les pouvoirs que la loi permet d'attribuer à l'exécuteur sont très-limités. L'article 1026, en donnant au testateur le droit de conférer à son exécuteur la saisine du mobilier, lui refuse implicitement la faculté de l'investir de la saisine des immeubles; la saisine des meubles mêmes ne peut durer qu'un an. L'article 1031 charge les exécuteurs de provoquer la vente du mobilier, c'est leur refuser implicitement le droit de vendre les immeubles, alors même qu'il s'agit de procurer l'exécution des dernières volontés du testateur. Mais, dans l'espèce, il n'est plus question de l'exécution testamentaire telle que le code l'organise, il s'agit de tout autres dispositions que la jurisprudence consacre et que le code ignore.

Dans quel but le testateur charge-t-il l'exécuteur testamentaire de vendre tous ses biens? Est-ce pour assurer l'exécution de ses dernières volontés? Tel est l'objet de l'exécution testamentaire que le code organise; mais tel n'est point l'objet de la disposition par laquelle le testateur ordonne de vendre tous ses biens et d'en distribuer le prix aux légataires universels qu'il a institués. La cour de Douai dit que cette disposition a un but très-légitime, c'est le désir d'épargner aux légataires les difficultés, les lenteurs et les frais des instances en partage, licitation, comptes et autres formalités judiciaires. Qu'est-ce donc que le mandat de vendre que le testateur donne à l'exécuteur testamentaire? C'est lui-même, le testateur, qui fait le partage, à sa façon, entre ses légataires. Cela n'a plus rien de commun avec l'exécution testamentaire du code. Peu importe, dira-t-on, si du reste la disposition est valable.

Ce mode de disposer de ses biens, dit la cour de Douai, doit être accueilli avec la juste faveur qu'en toute circonstance la loi montre pour les volontés et les actes du père

de famille. Cette considération est à l'adresse du législateur; il a organisé une exécution testamentaire, il pourrait en organiser une autre. Mais la question n'est pas de savoir ce qu'il pourrait faire, il s'agit de savoir s'il l'a fait. Or, il suffit de lire la section VII pour se convaincre que le législateur n'a pas permis au testateur de liquider lui-même la succession, en vendant tous les biens par l'intermédiaire d'un exécuteur testamentaire. La loi, en donnant des pouvoirs si limités à l'exécuteur, se préoccupe des droits des héritiers et des légataires universels. Voilà pourquoi elle ne permet pas de donner à l'exécuteur la saisine des immeubles; voilà pourquoi elle ne veut pas que la saisine du mobilier dure plus d'un an; voilà pourquoi elle ne le charge pas de provoquer la vente des immeubles. Et l'on veut qu'après avoir limité avec une si scrupuleuse sollicitude les pouvoirs du testateur et de son exécuteur testamentaire, elle donne pleine liberté au testateur de dépouiller les légataires de l'exercice de la propriété qu'ils tiennent de la loi! On dit que celui qui peut le plus peut le moins; mais on n'a jamais dit que celui qui ne peut pas le moins peut le plus.

Ce mandat, dit la cour de Douai, ne blesse ni l'ordre public ni les bonnes mœurs. Laissons les bonnes mœurs de côté, elles ne sont pas en cause. L'ordre public, en matière de droit privé, veut dire qu'il n'est pas permis aux particuliers de déroger à ce qui est d'intérêt général. Dans l'espèce, il y a un intérêt général en cause, c'est le droit de propriété. La loi le déclare absolu en principe. Appartient-il au testateur de le restreindre et de l'entraver à un moment où il ne vit plus? C'est dans l'intérêt des légataires, dit la cour, que le testateur le fait. Nous répondons que ce que le testateur veut peut ne pas convenir aux légataires. Si les légataires trouvent leur intérêt à partager les biens en nature, pourquoi le testateur leur imposerait-il l'obligation de recevoir le prix au lieu des biens? Laissez aux hommes la liberté de soigner eux-mêmes leurs intérêts; la liberté vaut mieux que les chaînes. Après tout, l'interprète a tort de se préoccuper des intérêts, c'est l'affaire du législateur; le juge n'a que des

questions de droit à examiner : le testateur a-t-il le droit de faire vendre ses biens par un exécuteur alors qu'il n'est plus propriétaire? Telle est, en deux mots, la question, et il nous semble qu'il suffit de préciser la difficulté pour la résoudre.

La cour de Douai dit que la disposition dont il s'agit n'est pas contraire à l'article 1006, qui confère la saisine au légataire universel. Cela va sans dire. Mais ici encore la cour confond le droit de disposer qui appartient au testateur avec la propriété et la possession qui appartiennent au légataire universel dès l'instant de la mort du défunt. Libre au testateur de ne pas laisser ses biens à celui qu'il institue légataire universel; mais s'il les lui laisse, il n'est pas libre d'empêcher que le légataire soit propriétaire et possesseur. Que dis-je? Lui-même, le mort, saisit le vif. Il est certain qu'il ne peut lui enlever la saisine que la loi lui donne; il ne peut pas davantage lui enlever la propriété, cela est absurde à dire; comment le dépouillerait-il d'un attribut de la propriété au moment même où il lui transmet la propriété? Or, c'est mutiler le droit de propriété que de permettre à l'exécuteur de vendre malgré le propriétaire. Le propriétaire seul peut vendre; pour que ce droit appartienne à un autre qu'au propriétaire, il faut une disposition expresse de la loi. Où est cette disposition? Ici on touche du doigt l'erreur de la cour. Elle dit qu'il n'y a pas de disposition qui défende au testateur d'ordonner la vente des immeubles. C'est mal raisonner. Il faut dire : Il n'y a pas de disposition qui autorise le testateur à entraver le droit de propriété des légataires. Donc il ne peut pas faire vendre les biens qui, dès l'instant de l'ouverture de l'hérédité, sont devenus leur propriété (1).

368. La cour de cassation a confirmé la décision de la cour de Douai sans prendre en considération les graves motifs que faisait valoir le pourvoi et que nous venons de développer; elle n'y répond pas un mot (2). Il y a deux

(1) Douai, 26 août 1847 (Dalloz, 1847, 2, 209). Comparez le tome XI de mes *Principes*, p. 596, n° 457.
(2) Rejet, 8 août 1848 (Dalloz, 1848, 1, 188).

doctrines contraires en présence. L'une est celle de la liberté absolue du testateur pouvant imposer à ses légataires telles restrictions qu'il veut, sans tenir compte de leurs droits; ils n'ont de droits que ceux que leur donne le testateur, ils ne peuvent donc jamais se plaindre que le testateur les méconnaisse, car ils ne reçoivent les biens qu'avec les restrictions que le testateur a attachées à ses dispositions. C'est le système de la jurisprudence française. Placée à ce point de vue, la cour de cassation semble ne pas comprendre l'opinion contraire. Nous disons que le testateur est sans droit dès qu'il cesse de vivre; il ne peut donc pas perpétuer sa volonté au delà de son existence. Quand il meurt, les héritiers ou légataires universels prennent sa place. Propriétaires et possesseurs de l'hérédité, leur droit est absolu, illimité; donc le testateur n'a pas le droit de le limiter. Il a seulement le droit de veiller à l'exécution de ses volontés en nommant un exécuteur qui exerce les droits très-restreints que la loi lui accorde, ou permet de lui conférer. On voit ce qui sépare les deux doctrines. La jurisprudence, ne tenant compte que de la prétendue puissance absolue du testateur, lui sacrifie le droit de propriété des légataires. Nous maintenons ce droit avec les restrictions que la loi autorise le testateur à y apporter, en nommant un exécuteur testamentaire.

M. Demolombe s'est rangé à l'avis de la jurisprudence (1). Nous allons voir les conséquences qu'il en déduit; elles ne sont pas faites pour donner faveur au principe. Puisque le testateur a le droit d'ordonner la vente de ses immeubles, il peut aussi lui-même régler les clauses et conditions de la vente, autoriser en conséquence l'exécuteur à vendre non-seulement devant notaire et avec adjudication, mais même à l'amiable et de gré à gré. Si l'on objecte le droit de propriété des légataires qui se voient ainsi privés de leurs biens, expropriés sans leur concours, malgré eux, M. Demolombe répond qu'ils ne sont propriétaires que sous la condition déterminée par le testateur, et la condition est qu'ils ne sont pas pro-

(1) Demolombe, t. XXII, p. 81, n° 91, et les autorités qu'il cite.

priétaires des biens légués, qu'ils n'ont droit qu'au prix. Est-ce que ce prix, au moins, est versé entre leurs mains? Du tout; c'est l'exécuteur qui vend et qui touche le prix. Et quelle sera la garantie des légataires? Ils n'en ont aucune, sinon la responsabilité de l'exécuteur, laquelle est dérisoire si l'exécuteur est insolvable. Cependant parmi ces légataires il se trouve des mineurs ou des établissements d'utilité publique; les biens qui leur appartiennent ne peuvent pas être vendus de la main à la main, la vente doit se faire dans les formes voulues par la loi; ces formes sont d'ordre public, personne n'y peut déroger. M. Demolombe fait toujours la même réponse : Les légataires ne sont pas propriétaires des biens, ils n'ont droit qu'au prix (1). C'est à bon droit que la cour de Bruxelles qualifie d'*exorbitant* ce pouvoir donné à l'exécuteurtes tamentaire (2). Quoi qu'on en dise, le testateur ne peut léguer que ce qu'il a; or, en mourant, il possède des biens immeubles; c'est de ces immeubles que la loi lui permet de disposer, ce sont donc ces immeubles qui deviennent la propriété des légataires (art. 1014). Voilà pourquoi le testateur ne peut pas donner la saisine de ses immeubles à son exécuteur testamentaire (art. 1026); cette prohibition aurait-elle un sens si le testateur pouvait lui donner le droit de les vendre, c'est-à-dire de priver les légataires de la propriété et de la possession? C'est bouleverser toute la théorie des donations testamentaires et la remplacer par une théorie nouvelle. En attendant qu'il y ait un nouveau code, nous nous en tenons à celui qui existe.

III. *Payement des legs.*

369. L'exécuteur testamentaire doit payer les legs, dit Pothier. Dans l'ancien droit, c'était une obligation absolue, puisque l'exécuteur avait de plein droit la saisine du mobilier; d'après le code civil, il peut n'avoir pas cette saisine et, dans ce cas, il ne saurait être tenu d'ac-

(1) Demolombe, t. XXII, p. 82, n[os] 92 et 93.
(2) Bruxelles, 8 août 1864 (*Pasicrisie*, 1864, 2, 411).

quitter les legs, puisqu'il n'est saisi de rien ; il peut seulement veiller à ce que les legs soient payés. Voilà pourquoi l'article 1031 ne dit pas en termes formels que l'exécuteur est chargé d'acquitter les legs et se contente de cette vague expression : « Il veillera à ce que le testament soit exécuté. » S'il a la saisine, on rentre dans les anciens principes : l'exécuteur paye les legs avec les deniers qu'il trouve dans la succession et avec ceux qui proviennent de la vente du mobilier ; cela implique que les exécuteurs sont seulement chargés du payement des legs mobiliers. Le texte le dit assez clairement : aux termes de l'article 1027, l'héritier peut faire cesser la saisine, en offrant de remettre aux exécuteurs testamentaires une *somme* suffisante pour le payement des legs *mobiliers*, et l'article 1031 dit : Ils provoqueront la vente du *mobilier* à défaut de deniers suffisants *pour acquitter les legs*. Cela est en harmonie avec l'esprit de la loi. L'exécution testamentaire est une marque de défiance à l'égard des héritiers et autres débiteurs des legs, et c'est aussi une dérogation aux principes qui régissent les pouvoirs du testateur. Il a donc fallu restreindre la mission de l'exécuteur dans les limites de ce que la nécessité exige ; or, les légataires d'immeubles n'ont besoin d'aucune garantie ; ils acquièrent la propriété des biens qui leur sont légués et peuvent au besoin les revendiquer ; tandis que les légataires d'effets mobiliers n'ont qu'une action personnelle contre les débiteurs du legs (1).

Pothier ajoute que l'exécuteur doit requérir le consentement des héritiers pour acquitter les legs. En effet, les héritiers ou autres débiteurs des legs peuvent s'opposer au payement, contester la validité des legs ; ceux-ci ne deviennent définitifs que par leur concours. Si les héritiers forment opposition, l'exécuteur doit intenter une action contre eux. Telle est la marche régulière, la seule qui couvre la responsabilité de l'exécuteur testamentaire ; s'il paye sans avoir obtenu le consentement des héritiers,

(1) Grenier, t. III, p. 14, n° 331. En sens contraire, Demolombe, t. XXII, p. 70, n° 78.

ceux-ci peuvent prétendre que le legs était nul et refuser de lui passer dans son compte ce qu'il aura payé (1).

370. Contre qui les légataires doivent-ils former leur demande en délivrance? est-ce contre l'exécuteur testamentaire ou contre les débiteurs du legs? Il y a beaucoup d'incertitude sur ce point dans la doctrine. La plupart des auteurs disent que les légataires peuvent agir contre l'exécuteur testamentaire, mais ils admettent que l'action peut aussi être intentée contre les héritiers; il y en a qui disent que l'exécuteur et les héritiers doivent être mis en cause (2). Il nous semble que le texte et les principes décident la question. Les articles 1011 et 1014 disposent que les légataires sont tenus de demander la délivrance aux héritiers auxquels une quotité des biens est réservée par la loi; à leur défaut, aux légataires universels et, à défaut de ceux-ci, aux héritiers appelés dans l'ordre établi au titre des *Successions*. C'est donc, en principe, contre les débiteurs du legs que la demande en délivrance est formée; ce qui n'est que l'application d'une règle très-élémentaire d'après laquelle le créancier doit agir contre son débiteur. En matière de legs, cette règle a plus d'importance qu'en matière de dettes; l'héritier ne devient débiteur que lorsqu'il a consenti à la délivrance; jusque-là il peut contester la validité du legs. Cela décide notre question en ce qui concerne l'exécuteur testamentaire; il n'est pas débiteur du legs, il n'a aucune qualité pour en consentir la délivrance, sa mission est de soutenir la validité des legs et d'en procurer l'exécution. Donc, sous aucun rapport, il n'est le contradicteur des légataires. La demande en délivrance ne pourrait être intentée contre lui que si un texte formel lui donnait qualité pour consentir à la délivrance; or, la loi s'est bien gardée de déroger au principe établi par les articles 1011 et 1014. La dérogation est impossible d'après ce que nous venons de dire. Tout ce que la

(1) Pothier, *Des donations testamentaires*, n° 228. Toullier, t. III, 1, p. 324, n° 589, et tous les auteurs modernes. Bruxelles, 2 pluviôse an XIII (Dalloz, n° 4078).

(2) Aubry et Rau, t. VI, p. 138, note 32, et les auteurs qu'ils citent. Grenier, t. III, p. 29, n° 338.

loi permet à l'exécuteur, c'est d'intervenir dans les procès qui ont pour objet la validité des legs.

371. La même incertitude règne sur une autre question qui n'est que le corollaire de celle que nous venons d'examiner. Pothier demande si les intérêts courent au profit du légataire du jour de l'action intentée contre l'exécuteur testamentaire, ou du jour qu'elle a été dénoncée à l'héritier? La question, telle que Pothier la formule, implique que les légataires doivent ou peuvent du moins agir contre l'exécuteur. Dans notre opinion, ils doivent agir contre les héritiers ou autres débiteurs du legs, et il va sans dire que cette demande fait courir les intérêts. Nous ne comprenons pas comment les intérêts courraient par suite d'une demande formée contre l'exécuteur qui n'est point débiteur. Les intérêts sont dus en cas de demeure, et le débiteur n'est en demeure qu'en vertu d'une demande judiciaire, quand il s'agit d'une dette d'argent (art. 1154), et cette demande doit naturellement être formée contre le débiteur. L'exécuteur testamentaire est-il débiteur? Il est chargé de payer, mais ce n'est pas lui qui doit. Est-il le représentant des héritiers ou de ceux qui doivent le legs? Pas davantage. Donc il n'a aucune qualité pour être actionné, et il n'y a aucun motif pour que la demande formée contre lui constitue les débiteurs en demeure. Cela nous paraît si évident que nous croyons inutile d'insister sur les opinions diverses émises par les auteurs (1).

IV. *Payement des dettes.*

372. Dans l'ancien droit, l'exécuteur testamentaire était chargé de payer les dettes mobilières de même que les legs. Pothier ne fait aucune différence entre les dettes et les legs; il les met sur la même ligne (2). On demande s'il en est encore ainsi sous l'empire du code civil. Dans

(1) Pothier, *Des donations testamentaires*, n° 225. Demolombe, t. XXII, p. 63, n° 70, et les auteurs en sens divers qu'il cite. Comparez Bruxelles, 2 août 1809 (Dalloz, n° 4087, 1°).
(2) Pothier, *Des donations testamentaires*, n° 228.

l'opinion que nous avons enseignée sur la nature de l'exécution testamentaire, la négative est certaine. L'exécuteur n'a d'autres pouvoirs que ceux que la loi lui donne ou qu'elle permet de lui donner. Or, il n'y a pas un mot, dans la section VII, du payement des dettes. La mission essentielle de l'exécuteur est de veiller à ce que le testament soit exécuté; et qu'est-ce que le testament? L'acte par lequel le testateur dispose de ses biens. Quant aux dettes, elles sont une charge des biens. Etait-il nécessaire de charger l'exécuteur du payement des dettes, comme il peut être nécessaire ou utile de lui confier l'exécution des dernières volontés du défunt? Non; les créanciers sauront bien faire valoir leurs droits. Donc l'exécution testamentaire est étrangère au payement des dettes. Telle est aussi l'opinion généralement enseignée sous l'empire du code civil (1).

L'opinion contraire est professée par Troplong, mais son propre aveu témoigne contre lui. Il avoue que le payement des dettes n'est pas un office précis de l'exécuteur testamentaire, puisque les dettes sont indépendantes du testament et que l'exécuteur testamentaire n'est préposé qu'à l'exécution des dernières volontés du testateur. Cela est décisif. On prétend que l'exécuteur doit payer les dettes lorsqu'il a la saisine du mobilier : il est clair, dit Troplong, qu'étant saisi de l'actif, il doit veiller à ce que les dettes ne restent pas en souffrance. Cela n'est rien moins que clair; il est saisi du mobilier pour acquitter les legs, il n'en est pas saisi pour payer les dettes. Sans doute, le créancier qui a un titre exécutoire peut saisir les effets mobiliers dont l'exécuteur a la détention; mais de là à dire que l'exécuteur est chargé de payer les dettes, il y a loin. Il paraît qu'il est d'usage que l'exécuteur paye les dettes privilégiées, tels que les frais funéraires, les frais de scellés, d'inventaire, de vente. Quant à ces derniers frais, il est assez naturel que l'exécuteur les paye, puisque c'est lui qui les fait, sauf à les porter en compte.

(1) Toullier, t. III, 1, p. 325, n° 591; Aubry et Rau, t. VI, p. 138; Demolombe, t. XXII, p. 68, n° 75.

Il n'en est pas de même des frais funéraires. L'usage peut être contraire, mais l'usage ne peut pas donner à l'exécuteur testamentaire un droit que la loi lui refuse (1).

373. Les créanciers peuvent-ils former leur demande contre l'exécuteur testamentaire? Dans l'ancien droit, on les admettait à agir contre l'exécuteur; c'était une conséquence logique du principe consacré par les coutumes, lesquelles faisaient une obligation aux exécuteurs de payer les dettes (2). Le code ne leur impose pas cette obligation; ils n'ont donc aucune qualité pour répondre aux demandes des créanciers. Vainement invoque-t-on la saisine; la saisine ne leur donne que la détention du mobilier; or, l'action des créanciers est personnelle, elle doit se former contre le débiteur, et l'exécuteur n'est point débiteur. Les créanciers doivent donc agir contre les héritiers, sauf à mettre l'exécuteur testamentaire en cause pour qu'il soit lié par le jugement, ce qui en facilite l'exécution (3).

374. Le testateur peut-il charger l'exécuteur testamentaire de payer les dettes? Dans l'opinion qui permet au testateur de confier la liquidation de la succession à l'exécuteur, on devrait, à plus forte raison, lui permettre de charger l'exécuteur du payement des dettes mobilières. Troplong est donc conséquent en reconnaissant ce droit au testateur; pour mieux dire, il n'est plus question de droit là où il y a une puissance absolue de disposer. Par contre, nous ne comprenons pas que M. Demolombe refuse au testateur le moins après lui avoir accordé le plus. Dans l'opinion que nous avons enseignée, il n'y a aucun doute. L'unique mission de l'exécuteur est de veiller à l'accomplissement des dernières volontés du testateur; or, les dettes sont étrangères aux dernières volontés, elles n'ont rien de commun avec l'exécution du testament. Il est vrai que Pothier dit que l'acquittement des dettes mobilières fait partie de l'exécution testamentaire, mais

(1) Troplong, t. II, p. 194, n° 2004. Comparez Bayle-Mouillard sur Grenier, t. III, p. 14, note *b*.
(2) Pothier, *Des donations testamentaires*, n° 224.
(3) Aubry et Rau, t. VI, p. 138, note 33. Comparez Troplong, n° 2005

s'il le dit, c'est que la coutume d'Orléans en avait une disposition expresse. Pothier ajoute que cela vient de ce que c'était autrefois une clause ordinaire des testaments que « le testateur ordonnait que ses dettes fussent acquittées », et par suite cette clause fut sous-entendue. Cela suppose un texte de loi; aujourd'hui il n'y a plus de texte, et les testateurs n'insèrent plus dans leur testament une clause relative au payement des dettes. Et quand même ils l'insèreraient, ils ne pourraient pas donner pouvoir au testateur de les payer, cette charge étant absolument étrangère aux motifs pour lesquels le législateur a créé l'exécution testamentaire (1). Il y a un arrêt de la cour de Bruxelles en faveur de l'opinion contraire, mais il est sans autorité doctrinale, car il n'est pas motivé (2).

Nº 5. DE LA RESPONSABILITÉ DE L'EXÉCUTEUR.

375. L'exécuteur testamentaire est-il responsable? Tous les auteurs enseignent l'affirmative (3); elle se fonde sur le texte même de la loi. L'article 1028 veut que l'exécuteur soit capable de s'obliger; pourquoi? C'est qu'il contracte des obligations en remplissant les fonctions que le testateur lui a confiées. Cela implique qu'il est responsable; s'il ne l'était pas, personne n'aurait d'action contre lui; et l'on ne voit pas, dans cette supposition, pourquoi la loi exigerait de lui la capacité de s'obliger. Il a cependant été jugé que l'exécuteur n'est responsable que dans les cas expressément prévus par la loi; que, hors ces cas, il n'a qu'une obligation de conscience. A l'appui de cette étrange doctrine, on a cité des lois romaines. En voyant l'abus que l'on fait du droit romain, on serait tenté de l'écarter par une fin de non-recevoir comme droit abrogé. Dans l'espèce, cette fin de non-recevoir est très-légitime. Notre exécution testamentaire n'est pas d'origine romaine,

(1) Pothier, *Des donations testamentaires*, nos 224 et 225. Troplong, t. II, p. 194, nº 2005. En sens contraire, Aubry et Rau, t. VI, p. 138, § 711, Demolombe, t. XXII, p. 79, nº 88.
(2) Bruxelles, 4 juin 1832 (*Pasicrisie*, 1832, p. 170).
(3) Demolombe, t. XXII, p. 93, nº 109 et p. 94, nº 111, et tous les auteurs.

c'est une institution coutumière. C'est donc aux coutumes qu'il faut recourir pour interpréter le code. Or, l'on n'a qu'à lire Pothier pour se convaincre, à chaque pas, que l'exécuteur est responsable de sa gestion. Il en répond à l'égard de tous ceux auxquels il cause un dommage par sa faute, à l'égard des héritiers et des légataires. La cour de cassation l'a jugé ainsi en cassant l'arrêt de la cour de la Réunion qui avait déclaré l'exécuteur non responsable dans l'espèce suivante. Une testatrice avait, dans deux testaments successifs de 1813 et de 1821, affranchi l'une de ses esclaves en nommant un exécuteur testamentaire auquel elle donnait la saisine de tous ses biens. On procéda à l'inventaire et la jeune esclave y fut comprise pour une valeur de 800 francs, sans aucune réserve en sa faveur. L'exécuteur rendit compte de sa gestion; l'esclave fut comprise dans les biens restitués. Ce n'est qu'en 1848 qu'elle fut affranchie, à la diligence du ministère public. L'affranchie réclama des dommages-intérêts contre l'exécuteur pour avoir, par sa faute, prolongé son esclavage pendant vingt-six ans. Admise par le tribunal de première instance, la demande fut rejetée par la cour d'appel. Sur le pourvoi, il intervint un arrêt de cassation (1).

376. La cour de cassation cite les articles 1991 et 1992 parmi ceux que l'arrêt attaqué avait violés. Aux termes de l'article 1991, le mandataire est tenu d'accomplir le mandat tant qu'il en est chargé et répond des dommages-intérêts qui pourraient résulter de son inexécution; l'article 1992 ajoute qu'il répond non-seulement de son dol, mais encore des *fautes* qu'il commet dans sa gestion. Quelle est la faute dont il est tenu? Tout débiteur est obligé de remplir ses engagements avec les soins d'un bon père de famille (art. 1137); c'est dire que le mandataire est tenu de la faute légère, pour nous servir de la terminologie reçue à l'école. Mais l'article 1992 admet une restriction à la règle : « Néanmoins la responsabilité relative aux fautes est appliquée moins rigoureusement à celui dont le mandat est gratuit qu'à celui qui reçoit un

(1) Cassation, 27 août 1855 (Dalloz, 1855, 1, 371).

salaire. » Ces dispositions reçoivent-elles leur application à l'exécution testamentaire? La jurisprudence et la doctrine admettent l'affirmative comme un point hors de toute controverse. Il y a cependant un motif de douter. L'exécution testamentaire n'est pas un vrai mandat (n° 323). L'exécuteur peut donc dire qu'il n'est pas soumis à la responsabilité résultant des obligations conventionnelles; mais alors il faudrait lui appliquer la responsabilité plus sévère qui résulte des délits et des quasi délits. De sorte que les légataires et les héritiers auraient plutôt intérêt à invoquer les articles 1382 et 1383. Nous croyons que ces articles sont inapplicables; car si l'exécution testamentaire n'est pas un mandat ordinaire, c'est du moins un fait juridique analogue au mandat. L'exécuteur, en acceptant l'office dont le testateur le charge, s'oblige; on peut donc appliquer par analogie les articles 1991 et 1992.

Cette application donne lieu à une nouvelle question : quelle est la faute précise dont est tenu le mandataire et, par suite, l'exécuteur quand il ne reçoit ni salaire ni récompense? C'est une question de fait plutôt que de droit; l'article 1992 dit, en effet, que la responsabilité quant aux fautes sera *appliquée* moins rigoureusement; le degré de rigueur ou d'indulgence dépend donc des circonstances, il est impossible de décider *à priori*, comme on le fait, que l'exécuteur ne sera responsable, en plaidant, que s'il a agi par esprit de vexation, ou avec une légèreté répréhensible (1). Abandonnons ces questions au juge, il les décidera mieux, dans les diverses espèces, que ne pourrait le faire le plus subtil interprète (2).

377. L'exécuteur testamentaire est-il responsable lorsqu'il n'a pas la saisine du mobilier? Il y a, dans ce cas, un motif de douter. L'exécuteur non saisi n'a pas de gestion proprement dite; or, l'article 1031 dit seulement qu'à l'expiration de l'année du décès du testateur les exécuteurs doivent rendre compte de leur *gestion;* ce qui im-

(1) Demolombe, t. XXII, p. 94 n° 110.
(2) Agen, 18 avril 1807 (Dalloz, n° 4094, 1°).

plique qu'ils n'ont pas de compte à rendre quand ils ne sont pas saisis du mobilier. N'en faut-il pas dire autant de la responsabilité? Non; la responsabilité incombe à tous ceux qui ont une obligation, quoiqu'ils n'aient pas de compte à rendre. Or, bien que non saisi, l'exécuteur n'en doit pas moins veiller à ce que le testament soit exécuté. S'il n'y veille pas, il est responsable. La cour de Paris a consacré ce principe dans l'espèce suivante (1). Une testatrice lègue des rentes viagères avec cette clause que, pour en assurer le service, les capitaux nécessaires seraient placés en rentes sur l'Etat ou sur hypothèque. Elle nomma pour exécuteur testamentaire un notaire, en lui accordant une rémunération de 600 francs. L'exécuteur se contenta de l'engagement de payer la rente, pris par le légataire universel. Celui-ci étant devenu insolvable, le légataire intenta une action en responsabilité contre l'exécuteur testamentaire. La cour de Paris décida qu'en sa qualité d'exécuteur, et surtout d'exécuteur salarié, il devait veiller à l'exécution du testament en ce qui concernait les legs de rentes viagères; en négligeant d'exiger que des capitaux suffisants fussent placés, il avait commis une faute qui le rendait responsable de l'insolvabilité du débiteur de la rente.

378. Il arrive souvent que les pouvoirs donnés par le testateur à son exécuteur testamentaire dépassent ceux que la loi permet de lui conférer. Quelle sera, dans ce cas, la responsabilité de l'exécuteur? Légalement ce ne sera plus une exécution testamentaire; mais si les héritiers ne l'attaquent pas et si l'exécuteur accepte et gère en vertu des dispositions du testament, il doit être responsable de sa gestion à l'égard des tiers aussi bien que si sa gestion était légale. Le cas s'est présenté devant la cour de Bruxelles. Un exécuteur, investi de la saisine, avait reçu les pouvoirs les plus étendus pour liquider la succession moyennant salaire; il négligea de payer une dette pendant l'année de la saisine. Après l'expiration du

(1) Paris, 7 février 1850 (Dalloz, 1850, 2, 46). Comparez Rejet, 22 avril 1808 (Dalloz, n° 4100, 3° et 4°).



délai, le créancier l'attaqua et demanda, à titre de dommages-intérêts, qu'il fût condamné à payer ce qui restait dû de la créance. L'exécuteur objecta d'abord qu'il n'était plus saisi; que, par conséquent, les créanciers ne pouvaient plus agir contre lui. Il est vrai qu'après l'an et jour l'exécuteur n'a plus de gestion proprement dite et qu'il ne doit plus répondre aux actions des créanciers et légataires, mais il reste tenu des suites de sa gestion; si de ce chef il a encouru une responsabilité, il pourra certainement être attrait en justice. L'exécuteur prétendait ensuite qu'avant de le poursuivre les créanciers devaient s'adresser aux héritiers et que lui n'était tenu qu'en cas d'insolvabilité des débiteurs. C'était encore méconnaître le caractère de sa gestion et les conséquences qu'elle entraîne. Celui qui accepte une liquidation moyennant salaire doit payer les créanciers si les deniers suffisent; il est responsable par cela seul qu'il ne le fait pas. Or, dans l'espèce, il y avait des deniers suffisants, et de plus, l'exécuteur s'était porté, à l'égard des créanciers, comme liquidateur général de la succession; il leur avait donné par écrit des assurances telles, que les créanciers ne pouvaient pas songer à prendre des mesures conservatoires. En définitive, il avait commis une faute grave, il en était tenu. Le tribunal de première instance invoque l'article 1382; la cour se borne à constater la faute et à en déduire cette conséquence que l'exécuteur ayant pu payer et ne l'ayant pas fait, il était obligé d'indemniser les créanciers du préjudice qu'il leur avait causé, qu'il devait donc payer ce qui leur restait dû, sauf à exercer ensuite leurs droits contre les héritiers (1).

379. Le testateur peut nommer plusieurs exécuteurs testamentaires (art. 1025). Pour déterminer quelle est leur responsabilité, il faut voir d'abord si tous acceptent et ce qui arrive quand l'un refuse. L'article 1033 prévoit l'hypothèse; il porte : « S'il y a plusieurs exécuteurs testamentaires *qui aient accepté*, un seul pourra agir au défaut des autres. » Quel est le sens de ces mots : *qui aient*

(1) Bruxelles, 13 décembre 1837 (*Pasicrisie*, 1837, 2, 268).

accepté. On a dit que, dans ce cas, le testateur a voulu organiser une administration collective, de sorte que si l'un n'accepte pas, l'exécution testamentaire tombe. Telle peut, il est vrai, être l'intention du testateur, mais il faut avouer que cela n'est point probable, puisque le testateur s'expose à ce qu'il n'y ait aucun exécuteur, alors qu'il a cependant senti la nécessité d'établir une exécution testamentaire.

Le testateur peut aussi avoir une autre intention, c'est de nommer plusieurs exécuteurs, afin d'être assuré qu'il y en ait au moins un qui accepte. Si le testateur, en nommant plusieurs exécuteurs, déclare ses intentions, dans ce cas il n'y a plus aucun doute, on suivra sa volonté. S'il ne dit rien, faudra-t-il admettre qu'il a voulu une exécution collective? Est-ce là le sens des mots : *qui aient accepté?* Non, par l'excellente raison que le législateur n'a pas entendu décider cette question. C'est une question d'intention, partant de fait, que la loi abandonne à l'appréciation du juge; le juge la décidera d'après les circonstances de la cause. Si le testateur ne dit pas qu'il ait voulu instituer une administration collective, l'un des exécuteurs pourra refuser et les autres pourront accepter, car tel est le droit commun, sauf à ceux qui prétendent que le testateur a dérogé au droit commun à en faire la preuve (1).

Nous arrivons à la question que l'article 1033 a tranchée. Le testateur a nommé plusieurs exécuteurs et tous ont accepté : qui peut agir dans ce cas? La loi répond qu'un seul pourra agir au défaut des autres. Cela suppose que le testateur n'a point divisé leurs fonctions; s'il les a divisées, chaque exécuteur a une mission à part, et aucun ne peut dépasser la limite de ses attributions, puisque, hors de ces limites, il est sans droit. Si le testateur n'a point divisé les fonctions, le législateur suppose que chaque exécuteur a pouvoir de gérer pour le tout. Cette supposition est fondée sur l'intention probable du testa-

(1) Rejet de la cour de cassation de Belgique, 6 juillet 1843 (*Pasicrisie*, 1843, 1, 205). Demolombe, t. XXII, p. 29, n° 37. En sens contraire, Duranton, t. IX, p. 498, n° 423; Mourlon, *Répétitions*, t. II, p. 385.

teur. Ce qu'il veut, c'est l'exécution de ses dernières volontés, et comme il est difficile d'obtenir, pour les divers actes de gestion, le concours de plusieurs personnes, le législateur a pensé que le testateur avait nommé plusieurs exécuteurs afin d'avoir la garantie que l'un d'eux au moins agira (1).

380. Nous arrivons à la responsabilité dans l'hypothèse prévue par l'article 1033. Il y a plusieurs exécuteurs testamentaires : sont-ils solidairement responsables? La question est controversée; il nous semble qu'elle est tranchée par le texte et par les principes. L'article 1033 porte : « Ils seront solidairement responsables du compte du mobilier qui leur a été confié, à moins que le testateur n'ait divisé leurs fonctions et que chacun d'eux ne se soit renfermé dans celle qui lui était attribuée. » Pour comprendre la portée de cette disposition, il faut la rapprocher de l'article 1995, auquel elle déroge en un certain sens. « Quand il y a plusieurs fondés de pouvoir ou mandataires établis par le même acte, il n'y a de solidarité entre eux qu'autant qu'elle est exprimée. » La solidarité n'existe qu'en vertu de la loi ou de la convention; dans l'espèce, il n'y a pas de convention, on le suppose, c'est-à-dire que le testateur n'a pas imposé la responsabilité solidaire aux exécuteurs qu'il a nommés. La loi, à défaut de dispositions, établit-elle la solidarité? Elle l'établit pour le *compte du mobilier* dans l'hypothèse et sous les conditions qu'elle détermine. Plusieurs exécuteurs ont accepté, le testateur leur a donné la saisine du mobilier et il n'a pas divisé leurs fonctions; ils seront solidairement responsables du compte du mobilier qui leur a été confié. C'est une dérogation au droit commun; comme chacun peut agir séparément, c'est-à-dire payer les legs, provoquer la vente du mobilier, on ne voit pas trop pourquoi ceux qui n'agissent point seraient responsables du compte du mobilier. Peut-être le législateur a-t-il voulu les engager par là à s'intéresser à la gestion. Toujours est-il que ce n'est pas de la gestion proprement dite que les exécu-

(1) Demolombe, t. XXII, p. 28, n° 36 et p. 31, n° 38

teurs sont solidairement responsables, ils ne le sont que du compte du mobilier, c'est-à-dire qu'ils doivent rendre compte de l'emploi qu'ils ont fait du mobilier et restituer ce qui reste; s'ils encourent de ce chef une responsabilité, elle est solidaire.

Telles sont les conditions et les limites de la responsabilité solidaire que la loi établit entre plusieurs exécuteurs testamentaires. De là suit que si le testateur a divisé leurs fonctions et que chacun d'eux se soit renfermé dans celle qui lui est attribuée, il n'y a plus lieu à la responsabilité solidaire. Le législateur suppose sans doute que, dans ce cas, la saisine du mobilier a aussi été divisée; dans cette supposition, il est juste que chacun ne réponde que de l'emploi de la partie du mobilier qui lui a été confiée. Il résulte encore de là que la loi n'établit point de solidarité pour la gestion proprement dite. Le contraire a été soutenu, mais le texte décide la question. Il n'y a point de solidarité sans loi, et où est la loi qui déclare les exécuteurs solidairement responsables de leur gestion? Quand les principes ont cette évidence, il est inutile d'insistor (1).

§ IV. *Fin de l'exécution testamentaire.*

N° 1. QUAND FINIT-ELLE?

381. L'exécution testamentaire finit régulièrement par l'exécution complète du testament. Il ne faut pas confondre la saisine avec l'exécution testamentaire. Dans l'ancien droit, on les confondait et l'on décidait, en conséquence, que l'exécution testamentaire était restreinte à un an; les coutumes, dit Pothier, l'ont voulu ainsi afin que les héritiers ne soient pas trop longtemps privés de la jouissance des biens de la succession, sur le prétexte que le testament ne serait pas encore exécuté (2). Le code a dérogé à l'ancien droit; il distingue la saisine de

(1) Comparez, en sens divers, Aubry et Rau, t. VI, p. 139; Duranton, t. IX, p. 398, n° 423; Demolombe, t. XXII, p. 31, n°s 38-40.
(2) Pothier, *Des donations testamentaires*, n° 231.

l'exécution testamentaire : la première est limitée à un an par le motif que Pothier donne : la seconde n'est pas limitée et ne pouvait pas l'être, puisque l'exécution peut traîner en longueur par suite de contestations qui arrêtent l'exécution des dernières volontés du testateur; et tant que ces volontés ne sont pas exécutées, l'exécuteur a le droit et le devoir de veiller à ce qu'elles le soient (1).

L'application de ces principes a donné lieu à une difficulté que nous devons mentionner, puisqu'elle a fait l'objet d'un débat sérieux devant la cour de cassation. Un Anglais domicilié en France institue une légataire universelle et nomme un exécuteur testamentaire par testament olographe. La légataire demande sa mise en possession, en se fondant sur ce que les pouvoirs de l'exécuteur étaient expirés. Il a été jugé que la succession ouverte en France était régie par la loi française quant au mobilier situé en France et en Angleterre; la légataire fut donc envoyée en possession de la succession mobilière; quant aux immeubles situés en Angleterre, il a été jugé qu'il fallait appliquer la loi anglaise. Compétents pour statuer sur la succession mobilière, les tribunaux français l'étaient par cela même pour régler l'exécution testamentaire. Or, l'exécuteur n'était point saisi et l'exécution, en ce qui concernait le mobilier, était consommée; il ne restait que des contestations relatives aux immeubles, contestations auxquelles, par la nature de ses fonctions, l'exécuteur était étranger (2).

382. L'exécution testamentaire finit par la mort de l'exécuteur testamentaire; aux termes de l'article 1032, ses pouvoirs ne passent point à ses héritiers. C'est l'application à l'exécution testamentaire du principe que la loi établit pour le mandat. Il s'agit d'un office d'ami, donc d'un pouvoir confié et accepté par des considérations essentiellement personnelles. Puisque le code applique par analogie l'article 2003, il faut aussi appliquer, par la même raison, l'article 2010 qui porte : « En cas de

(1) Poitiers, 23 ventôse an XIII (Dalloz, n° 4132). Vazeille, t. III, p. 102, n° 13, et tous les auteurs.
(2) Rejet, 19 avril 1859 (Dalloz, 1859, 1, 277).

mort du mandataire, ses héritiers doivent en donner avis au mandant et pourvoir, en attendant, à ce que les circonstances exigent pour l'intérêt de celui-ci. »

On demande si les tribunaux pourraient nommer un exécuteur testamentaire à la place de celui qui fait défaut, soit en cas de mort, soit pour toute autre cause. La question ne devrait pas même être posée, car elle implique une hérésie. C'est par exception à la rigueur des principes que la loi permet au testateur de nommer un exécuteur de ses volontés, c'est-à-dire de donner un mandat après qu'il a cessé de vivre. Un pareil pouvoir ne peut être exercé que par le testateur; les tribunaux, en tout cas, n'y ont aucune qualité. Du moment que l'exécution testamentaire cesse par une cause quelconque, les héritiers rentrent dans la plénitude de leurs droits, et il n'appartient certes pas au juge de restreindre leur droit de propriété (1).

383. Les héritiers peuvent-ils demander la révocation ou la destitution de l'exécuteur testamentaire? Il a été jugé que les héritiers pourraient demander la nullité de l'exécution testamentaire si elle était illégale. Dans l'espèce, la testatrice voulait que ses héritiers ne pussent ni vendre, ni hypothéquer, ni même administrer les biens pendant les quarante ans qui suivraient son décès. Elle réglait le mode d'administration dans tous ses détails et nommait un exécuteur testamentaire en lui allouant 3 pour cent sur les recouvrements qu'il ferait. La cour de Lyon a décidé que le propriétaire était, à la vérité, libre de faire de ses biens tout ce qu'il voulait de son vivant, mais qu'il ne lui était pas permis d'entraver, pour mieux dire, de paralyser le droit de propriété, qui appartenait à ses héritiers. Le testateur peut encore moins mettre les biens hors du commerce, en prohibant la vente et en défendant de les hypothéquer. En définitive, la clause était nulle comme contraire à l'ordre public dans le sens le plus large de ce mot (2).

(1) Caen, 13 janvier 1823 (Dalloz, n° 3752). Grenier, t. III, p. 20, n° 334, et tous les auteurs.
(2) Lyon, 7 avril 1835 (Dalloz, n° 179, 1°, p. 80).

Les héritiers pourraient encore agir en révocation proprement dite si l'exécuteur testamentaire se montrait incapable ou infidèle dans sa gestion. Cela est admis par la doctrine et la jurisprudence (1). Il y a cependant un motif de douter. La révocation pour incapacité ou infidélité est une destitution; peut-il y avoir une destitution sans loi qui l'autorise? Cela nous paraît bien douteux. On cite l'article 444 qui permet de destituer les tuteurs dont la gestion attesterait l'incapacité ou l'infidélité. Il y a sans doute même motif de décider; mais un motif d'analogie suffit-il pour étendre une disposition pénale? Il nous semble que la voie légale est indiquée par le texte du code : les héritiers payeront les légataires et demanderont des dommages-intérêts contre l'exécuteur (art. 1027).

La cour de Liége objecte que l'exécution testamentaire est un mandat et que, le mandat étant révocable de sa nature, il y a lieu de prononcer la révocation de l'exécuteur testamentaire, s'il existe des motifs suffisants pour faire cesser la confiance que le testateur lui avait accordée (2). N'est-ce pas le cas de dire que celui qui prouve trop ne prouve rien? Le mandat est révocable, mais la révocation se fait par celui qui le donne et sans qu'il ait besoin d'alléguer aucun motif. Peut-on, sous ce rapport, assimiler l'exécution testamentaire au mandat? Non, certes, car le vrai mandant est mort au moment où l'exécution testamentaire s'ouvre. L'assimilation conduirait à cette conséquence réellement absurde qu'il faudrait permettre aux héritiers de révoquer l'exécution testamentaire. Ainsi ceux contre lesquels l'exécution testamentaire est établie auraient le droit d'y mettre fin! Il y a une différence capitale entre la révocation du mandataire qui se fait par la volonté seule du mandant sans instance judiciaire et la révocation de l'exécuteur testamentaire qui ne peut se faire que par un jugement. Or, pour un jugement qui prononce une destitution, il faut une loi qui détermine les causes de destitution.

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 132 et note 8, § 711.

(2) Liége, 20 juillet 1817 (*Pasicrisie*, 1817, p. 467). Comparez Liége, 11 février 1834 (*Pasicrisie*, 1834, 2, 38; et Dalloz, n° 4303).

384. L'exécution testamentaire cesse-t-elle par la déconfiture ou la faillite de l'exécuteur? Aux termes de l'article 2003, le mandat finit par la déconfiture du mandataire. Cette disposition s'applique-t-elle à l'exécution testamentaire? On l'admet assez généralement. Dans notre opinion, la question doit être décidée en sens contraire. L'exécution testamentaire n'est pas un mandat (n° 323); on peut donc seulement argumenter d'un cas à l'autre par analogie. Est-ce que l'analogie suffit pour faire cesser l'exécution testamentaire en cas de déconfiture? En théorie, certes; si le législateur avait prévu la difficulté, il l'aurait décidée dans le sens de l'article 2003, par argument *à fortiori*. Le mandant peut révoquer le mandat d'un instant à l'autre, et néanmoins la loi le fait cesser quand le mandataire devient insolvable; à plus forte raison le législateur devrait-il mettre fin à l'exécution testamentaire lorsque l'exécuteur tombe en déconfiture, car le testateur n'est plus là pour révoquer les pouvoirs qu'il lui a donnés et les héritiers ne peuvent pas les révoquer. Mais le législateur ne l'a pas fait; il y a une lacune dans la loi : appartient-il à l'interprète de la combler? Nous répondons, avec Coin-Delisle, que cela est très-douteux(1).

N° 2. COMPTE DE L'EXÉCUTEUR.

385. L'article 1031 dit des exécuteurs testamentaires : « Ils devront, à l'expiration de l'année du testament, rendre compte de leur gestion. » Il résulte du texte de cette disposition que les exécuteurs ne doivent rendre compte que s'ils ont la saisine; la saisine cesse à la fin de l'année à compter du décès, c'est donc de la gestion pendant cette année que les exécuteurs rendent compte. S'ils n'ont pas la saisine, ils n'ont pas de compte à rendre, puisqu'ils n'ont pas de gestion; et s'ils ont la saisine, leur gestion finit avec la saisine, bien que l'exécution du testament ne soit pas achevée. Les exécuteurs continueront à veiller à

(1) Coin-Delisle, p. 487, n° 10. Comparez, en sens contraire, les auteurs cités par Dalloz (n° 4054) et par Demolombe (t. XXII, p. 26, n° 33).

l'exécution du testament, mais ils ne seront plus comptables.

386. L'exécuteur testamentaire peut-il être dispensé de rendre compte? Nous avons déjà répondu à la question en examinant si le testateur peut dispenser son exécuteur testamentaire de l'obligation de faire inventaire (n° 356). A notre avis, la dispense serait nulle. Il faut préciser d'abord en quoi consiste la dispense. La chose n'est pas facile, les auteurs qui admettent la dispense ne s'accordant pas sur les effets qu'elle produit. Pothier dit que si le testateur avait déchargé l'exécuteur de rendre compte, cette décharge ne le dispenserait pas de rendre aucun compte; que tout l'effet serait qu'on ne pourrait le rendre responsable de ce qu'il aurait pu pécher par négligence dans le cours de son exécution (1). Pourquoi Pothier dit-il que, malgré la dispense, l'exécuteur doit rendre un compte? C'est que l'on ne conçoit pas de gestion sans compte. L'exécuteur a la saisine d'un mobilier de 100,000 francs; il paye des legs pour 80,000 francs, il doit rendre les 20,000 francs qui constituent le reliquat dont il est débiteur, car la dispense de rendre compte ne contient pas la donation du reliquat. Etant tenu à une restitution, il faut que l'exécuteur établisse par un compte quelconque ce qu'il a dépensé et ce qui lui reste. Ce compte pourra-t-il être attaqué? Pothier ne dit pas d'une manière absolue qu'il ne peut pas l'être, il dit seulement qu'il ne peut l'être pour négligence; en d'autres termes, l'exécuteur ne répondra pas des fautes qu'il aura commises dans sa gestion, mais il répondrait de son dol; car la stipulation que l'on ne répond pas de son dol est contraire aux bonnes mœurs et nulle comme telle; et il en serait de même d'une disposition testamentaire (art. 6 et 900). Ne faut-il pas aller plus loin et dire que la stipulation ou clause qui dispense un débiteur d'apporter à l'exécution de ses obligations toute diligence est aussi contraire aux bonnes mœurs? N'est-ce pas un encouragement à la négligence? Et n'est-

(1) Pothier, *Des donations testamentaires*, n° 229. Comparez, en sens divers, Toullier, t. III, 1, p. 329, n° 605. Troplong, t. II, p. 203, n° 2028, et Dalloz, n° 4110.

il pas contraire aux bonnes mœurs que celui qui par sa négligence a causé un dommage ne soit pas tenu de le réparer? C'est notre avis (1).

On objecte que le testateur aurait pu donner tout son mobilier à l'exécuteur testamentaire, car on suppose qu'il ne laisse pas d'héritier à réserve; or, dit-on, la dispense du compte est un moindre avantage (2). C'est le vieil adage: Qui peut le plus peut le moins. Nous avons déjà répondu plus d'une fois à l'objection. Sans doute, le testateur peut donner tous ses biens à l'exécuteur et ne rien laisser à ceux qu'il institue ses légataires. Mais est-ce là ce qu'il a voulu et est-ce là ce qu'il fait en nommant un exécuteur qu'il dispense de rendre compte? Non, car il lègue ses biens, non à l'exécuteur, mais à ses légataires; et c'est dans l'intérêt des légataires qu'il nomme un exécuteur de ses dernières volontés. Or, est-ce agir dans l'intérêt des légataires que de confier à l'exécuteur une gestion dispensée de toute responsabilité? On ne peut donc pas parler, en cette matière, du plus et du moins, car il n'y a rien de commun entre le moins et le plus. La loi prend encore en considération l'intérêt des héritiers, quoiqu'ils ne soient point réservataires. La preuve en est dans l'article 1028 : « Celui qui ne peut s'obliger ne peut pas être exécuteur testamentaire. » Par suite, il n'est pas permis au testateur de nommer exécuteurs des mineurs ou des femmes mariées. A quoi bon ces garanties si le testateur peut dispenser l'exécuteur des obligations qu'il contracte?

Il y a un arrêt en faveur de l'opinion que nous combattons. L'espèce dans laquelle il a été rendu prouve que le législateur fait bien de ne pas donner la sanction de son autorité à l'aveugle confiance que les testateurs accordent à des personnes qui ne méritent guère ce témoignage d'amitié. Une testatrice déclare qu'elle veut que tout son mobilier soit vendu sans l'intervention de ses héritiers, à la diligence de ses exécuteurs testamentaires, pour le prix

(1) Mourlon, *Répétitions*, t. II, p. 383; Demolombe, t. XXII, p. 99, n° 119; Vazeille, t. III, p. 104, n° 14 de l'article 1031; Marcadé, t. IV, p. 45, n° III de l'article 1031.

(2) Toullier, t. III, 1, p. 328, n° 604; Duranton, t. IX, p. 387, n° 406.

à en provenir être distribué à tels pauvres qu'ils jugeront convenir, sans être tenus de rendre aucun compte à qui que ce soit, ce dont elle les dispense expressément. La testatrice met encore à la disposition de ses exécuteurs tout le numéraire qu'elle délaissera, ainsi que tous les fermages échus, également sans en rendre compte. Elle nomme pour exécuteurs testamentaires deux cultivateurs et déclare derechef les dispenser de rendre compte et s'en rapporter à leur probité. Ils étaient, l'un maire, l'autre adjoint de la commune, à la mort de la testatrice, en 1816. Que firent ces honnêtes gens? Jusqu'en 1830, époque à laquelle ils cessèrent leurs fonctions, ils ne firent rien pour obtenir l'acceptation du legs laissé aux pauvres. Après 1830, le nouveau maire, président du bureau de bienfaisance, demanda et obtint enfin en 1840 une ordonnance royale qui autorisait l'acceptation du legs ; action contre les exécuteurs testamentaires tendant à ce qu'ils remissent au bureau de bienfaisance un état des valeurs qu'ils avaient recueillies. Les défendeurs opposent la clause du testament qui les dispense de rendre compte à qui que ce soit. La cour de Douai admit la validité de la dispense, mais en l'interprétant dans le sens de la doctrine de Pothier. L'arrêt porte que cette dispense ne peut avoir pour effet d'affranchir les exécuteurs testamentaires de tout contrôle de la part de ceux qui sont appelés à profiter du legs; que les pauvres ou leurs représentants légaux ont le droit incontestable de vérifier quel est le montant des sommes qui ont été touchées dans leur intérêt et de s'assurer si ces sommes ont reçu leur destination (1). Il paraît que les exécuteurs avaient tout distribué. Mais où était la garantie? Le législateur évite de placer les hommes entre leur intérêt et leur devoir; à plus forte raison ne doit-il pas les encourager à manquer à leur devoir.

387. Le compte de l'exécuteur, comme tout compte, comprend les recettes et les dépenses. Quant aux dépenses, l'article 1034 porte : « Les frais faits par l'exé-

(1) Douai, 23 juin 1846 (Dalloz, 1846, 1, 155).

cuteur testamentaire pour l'apposition des scellés, l'inventaire, le compte et les autres frais relatifs à ses fonctions seront à la charge de la succession. » C'est le droit commun; celui qui gère gratuitement doit au moins être indemnisé des frais qu'il fait. Il faut appliquer, par analogie, à l'exécuteur testamentaire ce que nous dirons du mandat. L'exécuteur testamentaire ne peut pas porter en compte des honoraires, quand même il remplirait une fonction dont l'office est salarié. Pothier dit que l'exécution testamentaire est un office d'ami, et les amis ne réclament pas de salaire, sauf au testateur à accorder une récompense à l'exécuteur ou à lui laisser un souvenir (1).

La loi dit que les frais sont à la charge de la succession; cela suppose que la succession doit supporter les legs. Il en est ainsi quand il n'y a pas d'héritiers à réserve; lorsque le défunt laisse un réservataire et un légataire universel, c'est celui-ci qui est tenu des dettes et charges; dans ce cas, la réserve n'est grevée d'aucune charge, partant les legs et les frais auxquels ils donnent lieu doivent être supportés par la partie de la succession qui n'est point réservée, la réserve devant rester intacte (2).

Il se peut même que les frais restent à la charge de l'exécuteur testamentaire. Tels seraient les frais occasionnés par les procès mal fondés que l'exécuteur aurait soutenus. Les tribunaux usent d'une grande indulgence à l'égard des exécuteurs qui plaident dans l'intérêt des légataires. Il a été jugé qu'ils ne doivent être condamnés aux dépens que lorsqu'ils élèvent une contestation évidemment mal fondée (3). Nous comprenons l'indulgence, mais elle ne doit pas être excessive; la loi ne donne pas même mission à l'exécuteur d'intenter les procès qui intéressent les légataires, il peut y intervenir, dit l'article 1031; c'est aux légataires eux-mêmes à défendre leurs droits.

388. On demande devant quel tribunal le compte doit être rendu. Toute action personnelle se porte devant le

(1) Pothier, *Des donations testamentaires*, n° 230.
(2) Marcadé, t. IV, p. 120, art. 1034. Demolombe, t. XXII, p. 96, n° 116.
(3) Bourges, 28 floréal an XIII (Dalloz, n° 4116).



tribunal du domicile du défendeur. Mais le code de procédure déroge à ce principe en matière de succession; il porte (art. 59) que le tribunal du lieu où la succession est ouverte connaît des demandes relatives à l'exécution des dispositions à cause de mort jusqu'au jugement définitif. La question est de savoir si l'action en reddition de compte concerne l'exécution du testament. Il nous semble que le compte n'est pas relatif à l'exécution des dispositions testamentaires; il suppose, au contraire, que la gestion est achevée en tant que l'exécuteur en est chargé. C'est donc le droit commun qu'il faut appliquer, et non la disposition exceptionnelle de l'article 59 (1).

CHAPITRE VII.

DES SUBSTITUTIONS (2).

SECTION I. — Des substitutions prohibées.

§ Ier. *Notions générales.*

389. L'article 896 porte : « Les substitutions sont prohibées. Toute disposition par laquelle le donataire, l'héritier institué ou le légataire sera chargé de conserver et de rendre à un tiers sera nulle. » C'est la substitution appelée fidéicommissaire, qui était d'un usage si fréquent dans l'ancien droit. Les substitutions étaient le fondement le plus solide de l'aristocratie, et la noblesse était inséparable du trône. Montesquieu en a fait la remarque. Dans le chapitre où il examine comment les lois sont relatives

(1) Duranton, t. IX, p. 397, n° 422. En sens contraire, Toullier, Vazeille, Poujol et Coin-Delisle (Dalloz, n° 4123).

(2) Thévenot, *Traité des substitutions fidéicommissaires*, un volume in-4° (Paris, 1778). Rolland de Villargues, *Des substitutions prohibées*, un volume in-8°, 2e édition (Paris, 1821).

à leur principe dans la monarchie, il dit que les lois doivent travailler à soutenir la noblesse, et le meilleur moyen de la soutenir, c'est d'établir les substitutions comme une prérogative particulière à la noblesse, car les substitutions conservent les biens dans les familles et donnent à la noblesse une base aussi inébranlable que le sol. Les substitutions se liaient au droit d'aînesse; c'est encore Montesquieu qui en fait la remarque. Il est bon, dit-il, dans les monarchies, que le père laisse la plus grande partie de ses biens à l'aîné de ses enfants (1). De là les substitutions perpétuelles; les biens étaient donnés ou légués au fils aîné, à charge de les conserver et de les rendre à son fils aîné, lequel, à son tour, les conservera pour les rendre à l'aîné de ses fils, et ainsi à l'infini. Les substitutions perpétuelles avaient un grand inconvénient, c'est de mettre une partie considérable du sol hors du commerce. On essaya de remédier au mal, en limitant les substitutions à deux degrés (2). Les lois furent impuissantes contre l'influence des mœurs : le second substitué qui recueillait les biens ne manquait jamais de renouveler la substitution, de sorte qu'elle devenait perpétuelle de fait, quoiqu'elle fût temporaire de droit (3). Intimement unies à la constitution aristocratique de l'ancien régime, les substitutions devaient tomber avec l'ancienne monarchie. La loi du 14 novembre 1792 prohiba toutes substitutions; elles étaient incompatibles avec le régime démocratique inauguré en 1789; la noblesse étant abolie, il fallait détruire la force qu'elle puisait dans ses immenses possessions; voilà pourquoi on donna un effet rétroactif à la loi de 1792.

Quand Napoléon, infidèle à l'esprit de 1789, reconstitua la monarchie, il voulut aussi, à l'imitation de l'ancien régime, rétablir les substitutions. De là les majorats créés par le sénatus-consulte du 14 août 1806; la nouvelle édition du code civil faite sous l'empire sanctionna ce retour au passé. Vaine tentative! On ne remonte pas

(1) Montesquieu, *De l'Esprit des lois*, livre V, chap. IX.
(2) Ordonnance d'Orléans, 31 janvier 1560.
(3) Bigot-Préameneu, Exposé des motifs, n° 3 (Locré, t. V, p. 313).

le cours du temps. Les majorats tombèrent avec l'empire en Belgique. En France, la restauration essaya également de restaurer le vieux régime avec sa noblesse et ses substitutions. La loi du 17 mai 1826 fut tout aussi impuissante que l'acte impérial de 1806; l'avenir est à la démocratie; qu'on s'en réjouisse ou qu'on le déplore, c'est un fait, et un fait providentiel contre lequel les efforts des hommes du passé échouent nécessairement. Toutes ces lois réactionnaires sont abrogées (1) et le flot démocratique va grossissant; il faut lui faire une place dans la société, si l'on ne veut pas qu'il déborde et détruise tout.

390. Si les auteurs du code civil ont maintenu l'abolition des substitutions, ce n'est pas uniquement pour des raisons politiques. La démocratie n'était plus en faveur en 1803; quelques années plus tard, le premier consul, devenu empereur, essaya de rétablir ce qui venait d'être aboli. Mais il y avait bien d'autres raisons pour abolir un ordre particulier de successions qui blessait tous les intérêts et heurtait toutes les idées morales. Les substitutions sacrifiaient l'intérêt de la société à un intérêt de caste; car la royauté et la noblesse n'étaient, à vrai dire, qu'une caste qui exploitait la France. Une science nouvelle née au XVIIIe siècle, et qui exprimait les besoins nouveaux, l'économie politique enseigne comme un axiome que la circulation des biens doit être libre de toute entrave; la liberté est favorable à ceux qui vendent comme à ceux qui achètent, et elle favorise la richesse générale en donnant aux possesseurs du sol le crédit que leur assure leur fortune, et en transmettant les biens à ceux qui ont le plus d'aptitude pour les exploiter. Rien donc n'est plus contraire à l'intérêt général que les substitutions, qui concentrent la plus grande partie du sol dans quelques mains et le mettent hors du commerce. Les faits confirment les enseignements de la science; c'est depuis que les immenses domaines du clergé et de la noblesse sont entrés dans la circulation que la France a atteint le

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 35, § 695.

degré de prospérité matérielle que lui assurent la fertilité de son sol et l'activité de ses populations. Rien de plus naturel. L'homme ne s'attache au sol qu'à la condition d'en avoir la propriété absolue; celui qui ne possède que temporairement ne fera point de travaux dont il n'est pas appelé à jouir; s'il jouit, c'est en usufruitier, épuisant le fonds pour en tirer plus de fruits qu'il ne devrait en donner. Les nobles, dissipateurs par nature, dégradaient les terres pour se procurer les moyens de pourvoir à leurs folles dépenses. « Chaque grevé de substitution, dit Bigot de Préameneu, n'étant qu'un simple usufruitier, avait un intérêt contraire à celui de toute amélioration; ses efforts tendaient à multiplier et à anticiper les produits qu'il pourrait retirer des biens substitués, au préjudice de ceux qui seraient appelés après lui et qui chercheraient à leur tour une indemnité dans de nouvelles dégradations (1). » On demandera comment un père peut dégrader des biens que son fils est appelé à recueillir. Les mauvaises passions nées de l'oisiveté et de l'orgueil expliquent tout. Que l'on voie ce qui se passe en Angleterre. « Bien des fois, dit la *Revue d'Edimbourg*, nos cours d'équité ont présenté le spectacle révoltant d'un père, possesseur à vie de biens substitués en faveur de son fils, condamné, sur les poursuites de ce dernier, à ne point les dévaster (2). »

391. Les dégradations ont leur limite, les mauvaises passions n'en ont pas. Tout en dévastant les biens substitués, les grevés étaient toujours endettés. Les créanciers comptaient sur l'opulence de leurs nobles débiteurs. Mais l'opulence était viagère; à leur mort, ces immenses fortunes passaient aux substitués. Qui payait les dettes? Les substitués, comme tels, n'en étaient pas tenus. Il est vrai qu'ils étaient héritiers, et les créanciers avaient quelque droit de compter sur l'honneur de ceux qui avaient toujours l'honneur à la bouche. Bigot-Préameneu va nous dire ce qui arrivait : « Ceux qui déjà étaient chargés des dépouilles de leurs familles avaient la mauvaise foi d'abu-

(1) Réal, au conseil d'État, séance du 30 nivôse an XI, n° 8 (Locré, t. V, p. 212). Bigot-Préameneu, Exposé des motifs, n° 3 (Locré, t. V, p. 313).
(2) *Revue britannique*, 1826, t. I, p. 161.

ser des substitutions pour dépouiller aussi leurs créanciers. Une grande dépense faisait présumer de grandes richesses; le créancier qui n'était pas à portée de vérifier les titres de propriété de son débiteur, ou qui négligeait de le faire, était victime de sa confiance; et dans les familles auxquelles les substitutions conservaient les plus grandes masses de fortune, chaque génération était le plus souvent marquée par une honteuse faillite. » Cependant ceux qui manquaient à un devoir d'honneur en refusant d'acquitter les dettes de leur père étaient des nobles! Et, à en croire Montesquieu, l'honneur et la noblesse s'identifiaient! Et ces nobles disaient aux créanciers de leur père : « Nous ne vous devons rien; en qualité de substitués, nous recueillons tous les biens que notre père possédait, mais en cette qualité, nous ne sommes pas tenus des dettes. Nous n'en serions tenus que comme héritiers; or, nous avons renoncé à la succession de notre père. » Les fils du débiteur insolvable étaient millionnaires et les créanciers du défunt étaient éconduits par ces nobles débiteurs. Honteuse faillite! s'écrie Bigot-Préameneu. Oui, c'est la vieille société aristocratique qui faisait banqueroute; voilà pourquoi elle fut détruite en 1789. Pour mieux dire, elle était pourrie et elle tombait en dissolution.

Pour qu'on ne taxe pas la démocratie moderne d'injustice à l'égard de l'aristocratie sa devancière, nous transcrivons un passage très-curieux et très-décisif de Savary(1). « La première chose à observer quand on vend à crédit, est de savoir s'il y a sûreté de prêter aux personnes qui demandent de la marchandise pour la payer plus tard, comme font ordinairement les *princes*, les *grands seigneurs*, la *noblesse* et autres personnes qui sont dans les grandes charges. Cette sûreté consiste à savoir si leurs maisons ne sont pas trop chargées de dettes, si leurs biens ne sont point *substitués*... Car il est vrai de dire que la *plupart des faillites* que font les marchands en détail viennent de ce qu'ils se sont insensiblement engagés

(1) Savary, *Le parfait négociant*, dédié à Colbert (1669), édition de l'an VIII, t. I, p. 314.



à prêter à des personnes noyées de dettes et dont les biens étaient substitués ; ainsi ils ne peuvent être payés de leur dû, c'est ce qui cause leur désordre. Il y a une *infinité d'exemples* que je pourrais rapporter si cela ne faisait tort à personne. »

392. Au conseil d'Etat, le premier consul avoua que les substitutions étaient contraires aux bonnes mœurs. En effet, la moralité repose sur la famille, et que devient la famille dans le système des substitutions? Réal dit qu'il substitue dans le cœur du père de famille l'orgueil à l'amour paternel et l'amour de sa postérité à l'amour de ses enfants. Il y a longtemps, ajoute-t-il, que l'on a remarqué que ceux qui étaient le plus tourmentés de l'amour de la postérité étaient précisément ceux qui se souciaient le moins de leurs enfants. C'étaient des pères à la façon des philanthropes dont Rousseau se moque : ils aimaient une postérité inconnue pour se dispenser d'aimer leurs enfants. On prétendait que les substitutions conservaient les maisons ; oui, mais elles détruisaient les familles en sacrifiant tous les enfants à l'aîné, en réduisant les cadets à la pauvreté, en jetant entre frères et sœurs des ferments éternels de discorde et de haine (1).

Il faut entendre, sur les effets désastreux des substitutions, ceux qui les ont vues de près. Bigot-Préameneu, l'orateur du gouvernement, dit qu'il ne saurait y avoir un plus grand vice dans l'organisation des familles que celui de tenir dans le néant tous ses membres pour donner à un seul une grande existence, de réduire ceux que la nature a faits égaux à implorer les secours et la bienfaisance du possesseur d'un patrimoine qui devait être commun ; et cet appui était presque toujours invoqué en vain. De là la discorde et les procès. Ceux qui étaient sacrifiés, déshérités, dépouillés, n'avaient de ressource que dans les contestations qu'ils élevaient, soit sur l'interprétation de la volonté, soit sur la composition du patrimoine, soit sur la part qu'ils pouvaient distraire des biens substitués,

(1) Séance du conseil d'Etat du 14 pluviôse an XI, nos 13 et 14 (Locré, t. V, p. 217).

soit enfin sur l'omission ou l'irrégularité des formes exigées (1).

C'est une triste ressource que les procès; ils ruinent trop souvent ceux qui gagnent aussi bien que ceux qui perdent. Que devenaient ces cadets sans biens, sans l'amour du travail, sans carrière? Pour leur donner des moyens de subsistance, on viciait l'organisation de l'Etat après avoir vicié la famille. Nous ne parlons pas des filles : les malheureuses devaient expier au couvent le crime d'être nées femmes. Quant aux fils de famille, un écrivain anglais va nous dire ce que l'on en fait dans un pays gouverné par l'aristocratie. On crée des emplois au profit des cadets de grandes maisons, ou l'on maintient les emplois alors qu'ils n'ont plus de raison d'être; dans le même but, on conserve les colonies, inutiles et ruineuses pour la métropole, afin d'y placer les cadets des familles puissantes; voilà comment il se fait qu'on voit souvent un jeune homme essayer ses talents diplomatiques auprès d'une petite cour avec un traitement extravagant. D'autres entrent dans l'armée, dont on grossit outre mesure l'état-major afin de faire place aux puînés, alors qu'il y a des vétérans à demi-solde. On maintient les richesses fabuleuses de l'Eglise pour le salut des âmes soi-disant, en réalité pour offrir des places lucratives aux fainéants de l'aristocratie. Gardez-vous bien d'attaquer ces abus scandaleux : on vous traitera d'impie (2).

393. Les substitutions sont prohibées. Elles étaient vues avec faveur dans le droit romain, sous le nom de fidéicommis; il va sans dire qu'il en était de même sous l'ancien régime tant que les mœurs furent aristocratiques. Faut-il interpréter le code par la tradition? Merlin répond que les juges feront bien, même en ne considérant plus le droit romain que comme raison écrite, de le prendre encore pour régulateur de leurs jugements. Car la substitution fidéicommissaire nous étant venue du droit romain, c'est d'après les lois romaines que ceux qui, ignorant la

(1) Bigot-Préameneu, Exposé des motifs, n° 4 (Locré, t. V, p. 313).
(2) *Revue britannique*, 1826, t. I, p. 162.

nouvelle législation, ou rebelles à son autorité, feront encore des substitutions fidéicommissaires. Merlin est le jurisconsulte traditionnel par excellence, et bien des fois la tradition l'a égaré. Lui-même va nous dire que l'on doit suivre, dans notre droit moderne, une règle d'interprétation toute différente de celle que l'on appliquait chez les Romains. Les lois romaines, favorables aux fidéicommis, interprètent les dispositions douteuses de manière à leur donner effet; elles appliquent cette règle d'interprétation que le testateur qui rédige ses dernières volontés est censé n'y rien écrire d'inutile. Rien de plus logique sous une législation qui favorise les substitutions fidéicommissaires. Suivra-t-on la même règle en droit moderne? Notre code, loin de favoriser les substitutions, les prohibe, il va jusqu'à annuler l'institution, afin de frapper plus sûrement la substitution. Si, dans ce nouvel ordre d'idées, on appliquait la règle romaine, on aboutirait à anéantir les dispositions du testateur. Il y a une autre règle d'interprétation, empruntée aussi au droit romain, qui doit l'emporter; elle est formulée par l'article 1157 en ces termes : « Lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet que dans le sens avec lequel elle n'en pourrait produire aucun (1). » L'opposition contre la prohibition des substitutions, dont parle Merlin, tend à disparaître; si les testateurs font encore des substitutions fidéicommissaires, c'est moins pour se mettre en révolte contre la loi que par ignorance, parfois par l'ambition qui paraît naturelle à l'homme de vouloir disposer de sa fortune après qu'il a cessé de vivre. En tout cas, on ne peut pas supposer que le testateur veuille braver une loi qui, plus puissante que lui, annule tout ce qu'il tenterait de faire au mépris de ses prohibitions; on ne peut donc pas admettre facilement que le testateur veuille violer la loi, ni qu'il veuille faire une disposition que la loi frappe de nullité. La conséquence est que si une disposition peut être interprétée, soit comme substitution, soit comme dis-

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Substitution fidéicommissaire*, sect. VIII, n° VII (t. XXXII, p. 156).

position valable à un autre titre, il n'y faut pas voir une substitution (1). Nous dirons plus loin que cette règle aussi a son écueil; à force de vouloir maintenir les actes de dernière volonté, on donne effet à ceux qui contiennent réellement des substitutions prohibées. De là la grande difficulté en cette matière. A notre avis, il ne faut pas interpréter les testaments avec le dessein préconçu de les valider; il faut voir si la disposition présente les caractères qui distinguent la substitution fidéicommissaire, et si elle en a les caractères, on doit l'annuler sans essayer de la valider à tout prix. C'est à ceux qui donnent leurs conseils aux testateurs à les éclairer sur les conséquences des dispositions qu'ils veulent faire.

§ II. *Caractères des substitutions prohibées.*

ARTICLE 1. Deux libéralités.

N° 1. PRINCIPE.

394. Pour qu'une disposition renferme une substitution, il faut qu'elle contienne deux libéralités. Cela résulte du texte de l'article 896. « Toute disposition, dit la loi, par laquelle le *donataire,* l'*héritier institué* ou le *légataire.* » Voilà la première libéralité faite par donation entre-vifs ou testamentaire au profit de celui que l'on appelle l'*institué* ou aussi le *grevé,* parce qu'il est grevé d'une charge, celle, dit l'article 896, de conserver et de rendre les biens donnés ou légués à un *tiers*. Ce tiers est le *substitué* ou l'*appelé;* il est aussi gratifié par le disposant, car c'est celui-ci qui l'appelle aux biens donnés ou légués. Ces deux libéralités ont un seul et même auteur, c'est le donateur ou le testateur qui gratifie l'institué et le substitué; l'un et l'autre tiennent leur libéralité du disposant. De là suit que lorsque la substitution s'ouvre au profit du substitué, celui-ci reçoit les biens, non du grevé, mais de l'auteur de la substitution; le grevé ne fait que remplir une charge que lui a imposée le donateur ou le

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 11, note 3, § 694.

testateur : ce n'est pas lui qui donne, il ne sert que d'intermédiaire entre le disposant et le substitué.

395. Du principe qu'il faut deux libéralités pour qu'il y ait une substitution suit qu'il n'y a pas de substitution quand il n'y a qu'une seule libéralité. On a prétendu qu'il y avait une substitution dans la disposition faite à la condition que « à sa mort l'institué léguera ou emploiera tout ce qu'il aura hérité du testateur au soulagement des malheureux, le laissant libre en cela d'agir comme il le jugera convenable. » En effet, on pourrait croire, à vue d'œil, qu'il y a deux libéralités : une première, qui est évidente, au profit de l'institué; une seconde au profit des pauvres qui sont appelés par le disposant, puisqu'il charge son légataire universel de donner aux pauvres tout ce qu'il aura reçu de lui. Il a été jugé, néanmoins, et avec raison, qu'il n'y avait pas de substitution. La difficulté était de savoir si les pauvres étaient substitués au légataire universel, en ce sens qu'ils avaient droit aux biens légués en vertu de la substitution. La cour de cassation répond que pour qu'il y ait un substitué, il faut que le tiers au profit duquel la substitution est faite soit désigné nommément ou d'une manière équivalente, exclusive de toute incertitude sur la personne du gratifié appelé en second ordre à recueillir la libéralité. Cette dernière condition, continue la cour, implique une action civile du substitué contre les héritiers du grevé pour les contraindre à lui remettre les biens donnés ou légués; l'action est le corrélatif nécessaire et la sanction de la clause d'indisponibilité qui, sans elle, serait inefficace et sans valeur. Le principe nous paraît incontestable. Voyons comment la cour l'applique à l'espèce. Il n'y a pas deux libéralités, il n'y en a qu'une au profit du légataire universel. Quant aux pauvres, ils ne sont pas appelés par le testateur ; en supposant que le légataire leur distribue les biens qu'il a reçus du défunt, ce n'est pas le défunt qui les aura appelés, c'est le légataire ; le défunt a donc fait une libéralité et le légataire en fait une autre. Dira-t-on que la seconde libéralité est faite par la volonté du testateur et que c'est, par conséquent, de lui que les pauvres

tiendront leur libéralité? Non, car le testateur ne désignait pas les pauvres, il laissait à son légataire pleine liberté d'agir comme il le jugerait convenable. Donc les pauvres n'avaient pas d'action contre l'institué, ni contre ses héritiers; ils n'étaient donc pas appelés par le testateur; s'ils étaient gratifiés, ils le devaient au bon vouloir du légataire. En définitive, le testateur n'avait fait qu'une seule libéralité, partant il n'y avait pas de substitution(1).

Il y a un point qui peut paraître douteux dans cette argumentation. D'après la jurisprudence des cours de Belgique, le legs fait aux pauvres est fait au bureau de bienfaisance, sauf à s'entendre avec la personne que le testateur a chargée de distribuer ses aumônes. Dans cette doctrine, la personne du gratifié n'est jamais incertaine, puisque les pauvres sont représentés par une administration publique. Mais, dans l'espèce, le testateur n'avait pas appelé directement les pauvres, il s'en était rapporté à la *conscience* et à la *loyauté* du légataire. D'après une pareille disposition, le bureau de bienfaisance n'aurait pas pu intervenir, il n'aurait pas eu d'action contre les héritiers du légataire, car ils auraient répondu que le légataire avait fait ce que sa conscience et sa loyauté lui commandaient de faire. En ce sens, il est vrai de dire qu'il n'y avait qu'une seule libéralité; donc pas de substitution.

396. Bien moins encore y a-t-il substitution dans une fondation que le testateur fait en faveur d'une certaine classe de pauvres, en chargeant le légataire universel d'administrer la fondation avec le concours de personnes désignées dans le testament et avec exclusion formelle de toute administration publique. Nous avons dit ailleurs qu'une pareille fondation est nulle parce qu'elle crée une personne civile, ce que la loi seule peut faire. Mais elle

(1) Rejet, 13 décembre 1864 (Dalloz, 1865, 1, 169). Comparez Rejet de la chambre civile, 2 juillet 1867 (Dalloz, 1867, 1, 272). — Dans l'espèce, le testateur avait légué à sa femme l'usufruit de tous ses biens, et quant à la propriété, il lui avait donné la faculté d'en disposer au profit de qui elle voudrait. Ce n'était pas une substitution, puisqu'il n'y avait qu'une seule libéralité au profit de la femme.



n'est pas nulle comme substitution, car elle ne contient qu'une seule libéralité affectée d'une charge perpétuelle (1).

I. *De l'institué.*

397. Qui peut être chargé de fidéicommis? Tous ceux qui sont gratifiés, puisque la substitution est une charge de la première libéralité. On demande si la libéralité doit être expresse. Dans l'ancien droit, la négative n'était pas douteuse. Thévenot décide, avec sa netteté habituelle, qu'on peut charger de fidéicommis tous ceux que l'on gratifie, soit qu'on les gratifie expressément en leur donnant, soit qu'on les gratifie tacitement en ne leur ôtant pas ce qu'on pourrait leur ôter. Puis Thévenot applique le principe à une question controversée aujourd'hui et qui, dans l'ancien droit, n'était pas plus douteuse que le principe. « Il suit de là, dit-il, qu'on peut grever non-seulement son héritier institué, ou son légataire, à qui l'on donne expressément, mais aussi son héritier *ab intestat* qu'on gratifie tacitement en ne le dépouillant pas de l'hérédité (2). » Nous sommes censés, dit Pothier, avoir laissé à nos héritiers légitimes et ils sont censés tenir de nous tout ce que nous pouvons leur ôter par les dispositions que la loi nous permettait de faire (3).

Faut-il admettre cette décision sous l'empire du code civil? La question est controversée. Nous n'y voyons aucun doute. Le principe de l'ancien droit ne tient pas à la faveur dont jouissait la substitution fidéicommissaire; il dérive de la nature même de cette disposition : celui qui est gratifié peut être chargé de rendre ce qu'il a reçu. Reste à savoir si l'héritier *ab intestat* est gratifié. On le nie. Sans doute quand le défunt ne fait aucun testament, on ne peut pas dire que l'héritier reçoit de lui; il reçoit de la loi. Mais, dans l'espèce, il y a un testament qui im-

(1) Rejet, 17 août 1852 (Dalloz, 1852, 1, 263). Comparez le tome XI de mes *Principes*, p. 598, n° 458.
(2) Thévenot, *Traité des substitutions fidéicommissaires*, chap. VI, § 1, p. 35, n°s 84 et 85.
(3) Pothier, *Traité des substitutions*, n° 109. Comparez Ricard, *Des substitutions*, 1re partie, n° 166, p. 260.

pose une charge aux héritiers; donc il n'y a plus lieu à la succession *ab intestat*, il y a lieu à la succession testamentaire. Si le testateur disait : J'institue mes héritiers avec charge de rendre les biens, à leur mort, à Pierre; il y aurait certainement substitution. Eh bien, la disposition est la même quand le testateur dit : Je charge mes héritiers de rendre les biens; la charge de rendre implique qu'ils ont reçu. Et de qui ont-ils reçu? Du testateur, puisque c'est lui qui dispose de ses biens. Cela répond à une autre objection que l'on puise dans le texte de l'article 896. La loi, dit-on, ne parle que du *donataire*, de l'*héritier institué* et du *légataire;* donc eux seuls peuvent être grevés de la charge de rendre, ce qui exclut l'héritier *ab intestat*. Non, car il n'y a plus d'héritier *ab intestat*, puisque le testateur a disposé de ses biens par testament; il y a donc un *héritier institué*, implicitement il est vrai, mais l'institution est si évidente, que la volonté du testateur ne saurait être douteuse (1). Notre conclusion est que l'on pose mal la question en demandant si les héritiers *ab intestat* peuvent être grevés de substitution; le testateur les institue en les grevant, seulement l'institution est implicite au lieu d'être expresse (2).

398. Qui est compris dans l'institution? La question est de savoir si les personnes mises dans la condition sont censées instituées. Furgole démontre la négative avec évidence. Le testateur dit : « J'institue Pierre s'il donne cent écus à Paul. » Celui-ci est-il compris dans l'institution? Non, il n'a aucune action contre Pierre, car il n'est pas légataire. Il en serait autrement si le testateur avait dit : « J'institue Pierre avec charge de donner cent écus à Paul. » Dans ce cas, Paul est légataire sous forme de charge et il a action contre Pierre. Si donc, dans la première hypothèse, le testateur ajoutait : « Si Pierre n'est

(1) Coin-Delisle, p. 40, n[os] 12 et 13 de l'article 896. Troplong, t. I, p. 54, n° 107. Aubry et Rau, t. VI, p. 14 et note 12. Demolombe, t. XVIII, p. 94, n° 91. — L'arrêt d'Angers (7 mars 1822), que l'on cite en faveur de cette opinion (Dalloz, au mot *Substitution*, n° 121), statue sur une disposition qui contenait une substitution expresse. En sens contraire, Duranton, t. VIII, p. 60, n° 67; Rolland de Villargues, p. 198, n° 128.

(2) Bruxelles, 20 décembre 1870 (*Pasicrisie*, 1873, 2, 65).

pas mon héritier, je lui substitue Paul », y aurait-il substitution fidéicommissaire? Non; car Paul, nommé dans la condition, n'est pas compris dans l'institution; il n'y a donc pas deux libéralités, il n'y en a qu'une, ce qui exclut la substitution (1).

Par application de ce principe, il a été jugé qu'il n'y a pas de substitution dans une disposition faite sous la condition « si le légataire meurt sans enfants. » Les enfants ne sont pas censés compris dans l'institution et, par suite, il n'y a pas deux libéralités. Dans l'espèce jugée par la cour de cassation, la clause était conçue comme suit : « Je donne mes biens à mon petit-fils pour en jouir sa vie durant; dans le cas qu'il meure mineur et sans enfants, je donne mes biens à tels. » Y a-t-il substitution en faveur des arrière-petits-enfants? Non, car ils ne sont pas compris dans l'institution; donc il n'y a pas deux libéralités et partant pas de substitution (2). Remarquons que la cour de cassation ne décide pas d'une manière absolue, comme le font les auteurs, que les personnes nommées dans la condition ne sont pas comprises dans l'institution; elle dit que c'est une question de volonté, laquelle est abandonnée à l'appréciation des juges du fait. La réserve est juste en théorie; dans la pratique, elle ne sera pas invoquée; le testateur, en supposant qu'il veuille comprendre dans l'institution ceux qu'il nomme dans la condition, aura soin de ne pas le dire, puisque ce serait faire une substitution, c'est-à-dire un acte nul. Et les juges, quand il y a doute sur l'intention du défunt, jugeront toujours qu'il a voulu faire un acte valable, c'est-à-dire qu'il n'a pas entendu comprendre dans l'institution ceux qu'il a nommés dans la condition. La disposition sera donc valable, elle vaudra comme legs avec substitution vulgaire.

(1) Furgole, *Des testaments*, chap. VII, sect. IV, n° 61; Troplong, t. I, p. 54, n° 108. Aubry et Rau. t. VI, p. 14, n° 13.
(2) Rejet, 22 novembre 1842 (Dalloz, au mot *Substitution*, n° 47).

II. *Du substitué.*

399. L'institué est chargé de conserver et de rendre à un *tiers,* qui est le substitué. Thévenot ajoute que ce tiers est aussi gratifié, ce qui va sans dire, puisqu'il reçoit les biens au même titre que l'institué, à titre de libéralité. De qui le substitué tient-il sa libéralité? C'est l'institué qui lui rend les biens, mais ce n'est pas lui qui fait la libéralité; l'institué transmet seulement la possession des biens au substitué, la propriété lui est donnée directement par le testateur ou le donateur; c'est à lui que le fidéicommissaire succède et non au grevé; le droit de celui-ci, dit Ricard, demeure entièrement résolu et anéanti par l'ouverture de la substitution. En traitant des substitutions permises, nous verrons en quel sens cela est vrai. Il est certain que la restitution que fait le grevé n'est pas une libéralité qu'il exerce, c'est une dette dont il s'acquitte et qui a sa cause dans le bienfait du donateur; si bien, ajoute Ricard, que c'est immédiatement de la main de l'auteur de la substitution que le substitué prend la propriété des choses comprises dans le fidéicommis (1).

400. Il suit de là qu'il ne saurait y avoir de substitution lorsqu'il n'y a pas de substitué. C'est ce que la cour de Bruxelles a décidé dans l'espèce suivante : Un testateur institue sa cousine son héritière universelle, avec pouvoir de disposer, sauf qu'elle ne pourra rien laisser à un tel, à sa femme ni à leurs enfants. On prétendit que la prohibition de disposer en faveur de certaines personnes emportait une substitution fidéicommissaire par laquelle étaient tacitement appelés, après le décès du premier institué, les parents du testateur dans l'ordre établi par la loi. La cour de Bruxelles répond que la défense portée dans le testament attaqué ne désignait ni explicitement ni implicitement aucune personne ni famille en faveur desquelles on pouvait dire qu'elle fût faite; il n'y avait donc pas de substitué, et sans substitué il n'y a pas de substitution (2).

(1) Thévenot, p. 8, n° 4. Ricard, *Des substitutions*, partie I, p. 243, n° 100. Coin-Delisle, p. 41, n°s 14 et 15 de l'article 896.

(2) Bruxelles, 31 janvier 1816 (*Pasicrisie,* 1816, p. 32, et Dalloz, au mot *Substitution,* n° 51).

401. Il faut dire du substitué ce que nous avons dit de l'institué (n°397); il n'est pas nécessaire qu'il soit nommément désigné, ni même qu'il soit expressément substitué. Ainsi la stipulation du droit de retour au profit des héritiers du disposant contient une substitution, comme nous le dirons plus loin, faite en faveur de ceux au profit desquels le droit de retour est établi, quoiqu'ils ne soient pas nommément désignés ni substitués. La loi n'emploie pas les termes techniques dans l'article 896; c'est dire que le donateur ou testateur n'est pas tenu de les employer (1). La cour de Pau l'a jugé ainsi dans une espèce où le donateur s'était servi des expressions de *retour* et de *réversion* en stipulant que les choses données seraient réversibles à ses héritiers si le donataire mourait sans postérité. Il est de jurisprudence, dit l'arrêt, qu'il y a substitution, non-seulement quand le testateur dit : Je substitue, mais encore lorsqu'il dit que, dans le cas par lui prévu, les biens donnés retourneront à ses héritiers, les mots de *retour* ou de *réversion* équipollant au mot *substituer* (2).

N° 2. APPLICATION.

I. *De la fiducie.*

402. On entend par héritier fiduciaire la personne que le testateur a instituée héritière pour la forme, en la chargeant d'administrer la succession et de la tenir en dépôt jusqu'au moment où elle doit la remettre au véritable héritier. L'héritier fiduciaire, quoique institué en apparence, n'est pas gratifié; le vrai héritier est celui à qui les biens doivent être restitués par le fiduciaire; il est héritier dès l'instant où le testament s'ouvre, lorsque c'est par testament, comme cela est ordinaire, que la fiducie est établie. Si la restitution est différée par le testateur, c'est pour l'avantage du substitué, et non pour rendre le fidéicommis conditionnel. Des raisons particulières, la minorité par

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 14, § 694.
(2) Pau, 4 janvier 1826 (Dalloz, au mot *Substitution*, n° 203, 3°).

exemple, de ceux que le testateur veut gratifier, peuvent l'engager à confier l'administration des biens au fiduciaire jusqu'à ce que les héritiers institués aient atteint leur majorité. C'est une espèce de tutelle, disent les lois romaines, constituée pour la gestion des biens légués, le testateur ayant plus de confiance dans l'ami qu'il nomme fiduciaire que dans un tuteur inconnu, ou qui lui est suspect parce qu'il le connaît. On dit aussi du fiduciaire qu'il est simple *ministre*, en ce sens qu'il prête son ministère pour faire parvenir les biens à ceux que le testateur entend gratifier; quant à lui, il ne retire aucun avantage de la mission dont il est chargé. C'est un exécuteur testamentaire muni de pouvoirs plus étendus, puisqu'il possède et administre l'hérédité jusqu'à l'époque fixée pour la restitution (1).

Nous avons indiqué le motif légitime qui peut porter un testateur à nommer un héritier fiduciaire : c'est la fiducie romaine; elle n'est pas dans nos mœurs. Aujourd'hui, dit Troplong, les fiducies ne sont guère pratiquées que pour faire passer des libéralités à des établissements religieux dont la position n'est pas régularisée, ou que l'on veut favoriser sans le contrôle du gouvernement. Nous avons parlé ailleurs de ces fidéicommis frauduleux, car fraude il y a, puisque le donateur veut transmettre ses biens à des corporations qui sont légalement incapables de les recevoir (2).

403. La fiducie n'est pas une substitution dans le sens de l'article 896, puisqu'il n'y a qu'une seule libéralité. Il en résulte que la fiducie n'est pas frappée de nullité; il ne peut être question de substitution fidéicommissaire là où il n'y a ni institué ni substitué. Quand les biens sont légués à un mineur, on pourrait objecter que la fiducie les soustrait à la gestion du tuteur; or, si la tutelle présente des dangers, elle offre aussi des garanties que le mineur n'a point contre l'administration du fiduciaire; ces ga-

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Fiduciaire*, § I (t. XII, p. 184). Thévenot, p. 177, nos 138-141.

(2) Troplong, t. I, p. 55, n° 110. Voyez le tome XI de mes *Principes*, p. 234, nos 175-179.

ranties sont d'ordre public : appartient-il au testateur de déroger à des lois d'ordre public? Non, certes. La question n'a jamais été soulevée devant les tribunaux, et les auteurs ne la traitent pas. A notre avis, elle devrait être décidée contre la validité de la fiducie. Nous renvoyons à ce qui a été dit ailleurs sur une question analogue, celle de savoir si des biens peuvent être légués à un enfant mineur avec la clause que le père n'en aura pas l'administration légale (1); la fiducie a le même effet et le même but lorsque le fiduciaire est appelé à administrer les biens donnés à un mineur.

Ici nous considérons la fiducie uniquement dans ses rapports avec la substitution fidéicommissaire. La fiducie est un fidéicommis, mais qui n'a rien de commun avec les substitutions prohibées par le code civil. Elle a cependant un inconvénient, c'est que les biens sont placés hors du commerce tant que dure la fiducie; l'héritier fiduciaire ne peut pas aliéner, il ne peut pas même disposer des biens en observant les formes prescrites pour la tutelle, car il n'est point tuteur. Ce même inconvénient se présente dans les legs faits à terme ou sous condition; cependant ces legs sont très-valables, comme nous le dirons plus loin. Sauf l'indisponibilité temporaire qui résulte de la fiducie, il n'y a rien de commun entre cette libéralité et la substitution fidéicommissaire. Nous avons déjà signalé la différence essentielle; l'héritier auquel le fiduciaire doit remettre les biens est seul gratifié, la libéralité qui lui est faite est pure et simple; elle s'ouvre au décès du testateur; dès l'instant du décès, la transmission de la propriété et même de la possession se fait au profit de l'héritier auquel les biens devront être restitués à l'époque fixée par le testateur; le fiduciaire possède pour lui, comme il administre pour lui. Si l'héritier vient à mourir, il transmet les biens à ses successeurs quels qu'ils soient, car ces biens sont dans son patrimoine. Quant au fiduciaire, il n'a pas de droit sur les biens donnés, il a la charge de les administrer sans pouvoir en

(1) Voyez le tome XI de mes *Principes*, p. 587, n° 448 et p. 588, n° 449.

disposer ; il gère dans l'intérêt de celui à qui il doit rendre les biens, il lui doit donc restituer les fruits qu'il a perçus. Il n'est, du reste, tenu à aucune obligation personnelle du chef des biens qu'il administre. Comme détenteur de l'hérédité, il devra acquitter les droits de mutation, mais c'est pour le compte de celui à qui les biens seront rendus, et celui-ci ne devra pas, lors de cette restitution, payer de nouveaux droits, car il ne s'opère pas de mutation à ce moment, il n'y a qu'une seule transmission de biens, laquelle se fait à la mort du testateur (1).

404. De ce que la fiducie véritable n'est pas une substitution, il faut se garder de conclure qu'elle ne puisse cacher une substitution prohibée. Aujourd'hui surtout que les substitutions fidéicommissaires sont interdites, le donateur pourrait essayer d'éluder la prohibition en faisant une substitution sous le nom de fiducie. L'héritier fiduciaire est un héritier nominal; mais comment s'assurer qu'il n'est pas un héritier véritable? Dans la matière des substitutions, la fiction et la vérité se touchent de si près, qu'il est souvent très difficile de les distinguer. Les auteurs se sont ingéniés à déterminer les caractères auxquels on pouvait reconnaître une vraie fiducie : l'appelé est l'enfant du testateur, il est en bas âge : le grevé est proche parent ou ami du défunt et jouit de toute sa confiance : la restitution se fait à la majorité de l'appelé. Mais ceux-là mêmes qui énumèrent ces circonstances comme constitutives de la fiducie avouent que leur concours n'est point nécessaire pour décider qu'une disposition de dernière volonté est une fiducie. A quoi bon alors la théorie des caractères qui doivent faire reconnaître une institution fiduciaire? C'est, en définitive, une question d'intention. Il s'agit de savoir, comme le disent tous les auteurs, si le testateur n'a institué le fiduciaire que pour faire parvenir les biens à celui qu'il voulait uniquement gratifier ; alors il y aura fiducie. Que si le testateur veut aussi gratifier celui qu'il appelle le fiduciaire, il y aura deux libé

(1) Thévenot, p. 178, nos 512, 543. Merlin, *Répertoire*, au mot *Fiduciaire*, §§ II et IV. Dalloz, au mot *Substitution*, nos 38 et 39, et les autorités qu'il cite.



ralités, et partant la prétendue fiducie sera une substitution fidéicommissaire si, du reste, les autres conditions requises pour qu'il y ait substitution existent. Or, les questions d'intention sont des questions de fait, et comment préciser *à priori* les mille accidents de la volonté humaine et ses caprices? Si l'on veut s'en faire une idée, on n'a qu'à parcourir la jurisprudence en matière de substitutions, il n'y a pas deux cas qui se ressemblent, et tous les jours il s'en présente de nouveaux. Merlin conclut qu'il faut s'en tenir à ce que dit Henrys, se fier à la prudence des juges qui décideront quelle a été l'intention du testateur (1). Il est donc inutile de donner le détail des espèces qui ont été jugées, d'autant plus qu'elles sont toutes antérieures au code civil, ce qui prouve que l'usage des fiducies se perd (2).

II. *Du droit d'élire.*

405. Nous avons traité ailleurs du droit d'élire que le testateur accorde à son héritier ou à un tiers (3). Le code ne consacre pas la faculté d'élire le légataire, ce qui suffit pour la rejeter; car le choix du légataire doit émaner du testateur, et ce choix doit porter sur une personne certaine; or, elle serait incertaine si elle dépendait de la volonté de celui qui est appelé à élire. La faculté d'élire se rencontre parfois dans les dispositions fidéicommissaires. Naît alors la question de savoir s'il y a substitution prohibée, ou s'il faut appliquer l'article 900 et considérer la clause comme non écrite. S'il y a substitution, tout est nul, même l'institution; tandis que la disposition principale reste valable si l'on se borne à effacer la condition illicite. La jurisprudence s'est prononcée pour l'application de l'article 896.

La question a été vivement débattue devant la cour de cassation, dans l'espèce suivante. Une femme dispose au

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 13 et suiv., et note 11, et les autorités qui y sont citées. Merlin, *Répertoire*, au mot *Fiduciaire*, § VII (t. XII, p. 186).
(2) Voyez les arrêts rapportés par Dalloz, au mot *Substitution*, n° 43.
(3) Voyez le tome XI de mes *Principes*, p. 430, nos 326-328.

profit de son mari en ces termes : « Je lègue à mon mari la pleine propriété de tous mes biens, à la charge de disposer et de transmettre dans leur état les fermes de..., au membre de mon estoc qu'il voudra et quand il le voudra. » Les sœurs de la défunte demandèrent l'annulation du legs des deux fermes comme contenant une substitution prohibée. La cour de Rennes annula. En imposant au légataire l'obligation de transmettre les deux métairies aux membres de son estoc qu'il voudrait et lorsqu'il voudrait, la testatrice lui imposait la charge de les conserver pour les rendre à un membre de sa famille. On objectait la faculté d'élire accordée au légataire; la cour répond que cette faculté a été abolie par la loi du 17 nivôse an II et que le code civil a maintenu implicitement l'abolition; elle en conclut que, dans l'espèce, la faculté d'élire doit être réputée non écrite, ce qui réduit la clause litigieuse à ces termes : à la charge de transmettre aux membres de mon estoc. Restait une difficulté : la charge de rendre n'était pas établie pour l'époque de la mort de l'institué, l'époque de la restitution étant abandonnée à la volonté du grevé. Peu importe, dit l'arrêt. Le légataire a le droit de garder les biens jusqu'à sa mort, celui qu'il élira ne peut pas les réclamer plus tôt; il suffit qu'il y ait possibilité que la transmission ne s'opère qu'à la mort du légataire institué pour qu'il y ait charge de rendre, dans le sens de la doctrine et de la jurisprudence.

L'arrêt fut attaqué; la chambre des requêtes admit le pourvoi, mais la chambre civile le rejeta. Il y avait des doutes sérieux. Mais, comme d'habitude, on mêlait aux arguments sérieux des objections peu solides. Ainsi le pourvoi prétendait que la testatrice *priait* seulement son mari de transmettre les biens à un membre de sa famille. Non, dit l'avocat général, elle ne prie pas, elle commande; c'est une charge qu'elle impose, ce n'est pas une recommandation qu'elle fait. Il est vrai qu'elle lui laisse la liberté de choisir, encore ce choix est-il limité à certaines personnes; toujours est-il qu'il doit faire ce choix au profit d'une personne ou d'une autre. Il est encore libre de prendre le moment qu'il voudra, mais il faut qu'il le fasse

dans un temps ou dans un autre. Cela est si vrai, que s'il mourait sans avoir rendu, l'obligation de restituer les biens serait à charge de sa succession.

On faisait une objection plus sérieuse. La doctrine et la jurisprudence exigent que la transmission se fasse à la mort du grevé. Ce caractère, disait-on, ne se rencontrait pas dans la disposition litigieuse; il y avait fidéicommis, il n'y avait pas substitution fidéicommissaire. La cour ne s'est pas arrêtée à cette objection pas plus qu'à la première. Il suffit que le substitué n'ait aucun droit du vivant de l'institué; dès lors il y a substitution. Qu'importe que l'institué puisse rendre plus tôt; il le peut toujours, alors même que le testateur aurait dit en termes formels qu'il ne rendrait qu'à sa mort.

La vraie difficulté concernait la faculté d'élire. Quand elle est accordée à un tiers non gratifié, il est certain qu'il ne peut s'agir de substitution. Si elle est ajoutée à une disposition qui contient une substitution fidéicommissaire, en changera-t-elle la nature? Il n'en serait ainsi que s'il était de l'essence de la substitution que le testateur indiquât lui-même et nommément le substitué. Or, l'article 896 ne demande pas que le *tiers* qui est *appelé* à la succession soit nommément désigné, et il n'y avait aucune raison de prescrire cette condition; loin de là, car elle aurait donné un moyen facile d'éluder la prohibition. Les substitutions avec faculté d'élire étaient usitées dans l'ancien droit; la loi de 1792 les abolit en abolissant toutes les substitutions fidéicommissaires; le code maintient l'abolition prononcée en 1792. Donc les substitutions avec faculté d'élire sont abolies aussi bien que toutes les autres. Il faudrait une exception formelle dans la loi pour que la prohibition absolue et générale de l'article 896 ne s'étendît pas aux substitutions avec faculté d'élire; elles y sont comprises et frappées de nullité absolue par cela seul qu'elles ne sont pas exceptées. On oppose l'article 900 qui déclare non écrites les conditions illicites; mais l'article 900 a-t-il abrogé l'article 896? Il y a une condition illicite par excellence, celle qui forme substitution; elle est régie, non par l'article 900, mais par l'article 896;

elle vicie la substance même de la disposition et en-traîne la nullité absolue.

La cour de cassation s'est bornée à répondre au moyen que le pourvoi tirait de la faculté d'élire; elle le fait en deux mots : la faculté d'élire n'empêche point que la charge de conserver et de rendre ne soit imposée au profit d'un tiers, donc il y a substitution et partant nullité complète (1).

406. La chambre des requêtes a rendu une décision analogue dans une espèce où le débat portait précisément sur le caractère des substitutions qui nous occupe pour le moment. Il faut un substitué, mais ce substitué doit-il être nommément désigné? Le testateur avait institué sa nièce légataire universelle; puis il déclarait que tels immeubles devaient appartenir à un membre de telle souche de sa famille et tels autres immeubles à un membre d'une autre souche au choix de sa légataire, ou de son ayant droit, ou des quatre plus proches parents de la ligne où le successeur serait à nommer. On objecta que les membres des deux familles appelés à la substitution n'étant pas nommément désignés restaient à l'état de personnes incertaines; il en résultait, disait-on, la nullité de la disposition qui appelait des substitués, mais sans préjudice à la validité de la disposition principale. C'était toujours invoquer l'article 900 contre l'article 896. La cour de cassation répond directement à l'objection tirée de l'incertitude des substitués. La désignation nominale des appelés serait le plus souvent impossible, dit la cour, lorsque le testateur dispose pour des époques postérieures à sa mort, comme cela se fait en cas de substitution. Il suffit que les appelés soient classés dans des catégories déterminées qui ne permettent plus de considérer leurs personnes comme légalement incertaines, pour qu'il y ait charge de rendre à un tiers, dans le sens de l'article 896. Tel était le cas que la cour avait à juger : « pourvu, disait le testateur, que la personne soit issue de tel ou tel sang. » Cela répond aussi à une objection connexe que l'on faisait en s'appuyant sur

(1) Rejet, 5 mars 1851, sur les conclusions de Nicias-Gaillard (Dalloz, 1851, 1, 104).



la loi du 17 nivôse an II qui prohibe la faculté d'élire. L'objection, dit la cour, ne tient aucun compte de la nature particulière de la substitution. La clause de substitution est nulle, peu importe qu'elle soit faite ou non avec faculté d'élire. Et quelle est la portée de cette nullité? Dès que le défunt a voulu faire une substitution, toute la disposition est nulle, car c'est là ce qui caractérise la nullité des dispositions contenant substitution : toute la disposition est anéantie (1).

Ce dernier considérant nous laisse quelque doute. La pensée de la cour n'est pas nettement formulée. Veut-elle dire que la substitution avec faculté illimitée d'élire est néanmoins une substitution et nulle comme telle? Alors la chambre des requêtes se met en contradiction avec un arrêt qu'elle a précédemment rendu, arrêt qui, à notre avis, consacre les vrais principes. Peut-on dire qu'il y ait substitution quand il n'y a pas de substitué qui ait le droit d'agir pour réclamer le bénéfice de la substitution? Or, quand la faculté d'élire est illimitée, on ne sait pas qui a le droit d'agir; c'est dire que personne ne l'a; et là où il n'y a pas de droit en faveur des substitués, il n'y a pas de substitution. Après avoir institué sa femme légataire universelle, le testateur dit : « Je la charge, en ce qui concerne les immeubles, d'en disposer en faveur d'un de mes parents et de ceux à qui elle reconnaîtra le plus de mérite, à quelque degré que ce soit, à son choix. » La chambre des requêtes a jugé que cette disposition ne présentait pas le caractère essentiel des substitutions prohibées, la charge de conserver et de rendre. A qui la légataire universelle devait-elle rendre les immeubles? La personne du *substitué* est tout à fait incertaine; c'est donc comme s'il n'y avait pas de substitué, et sans substitué il n'y a pas de substitution (2). Cette doctrine est aussi enseignée par les auteurs (3); elle n'a qu'un inconvénient, c'est qu'elle favorise les substitutions faites en fraude de la loi. En effet, l'institué exécutera régulièrement la charge

(1) Rejet, 28 février 1853 (Dalloz, 1853, 1, 202).
(2) Rejet, 8 novembre 1847 (Dalloz, 1851, 1, 103).
(3) Aubry et Rau, t. VI, p. 15, § 694.

dont il est grevé et le disposant éludera ainsi la prohibition de l'article 896. Si la faculté d'élire était réellement illimitée, il y aurait incertitude absolue sur la personne du substitué, et alors il est vrai de dire que l'institué ne serait point grevé de la charge de rendre. Mais, dans les espèces qui se sont présentées, la faculté d'élire était toujours circonscrite parmi les membres de la famille; elle était donc limitée plus ou moins; or, dès qu'elle est limitée, il y a obligation de rendre et partant substitution. La cour de cassation s'est rapprochée de l'opinion que nous soutenons dans un arrêt plus récent. Le testateur avait fait un legs universel avec charge pour le légataire de transmettre les biens à celui ou à ceux des plus proches parents du testateur dont il ferait choix. Il a été jugé que la désignation, quoique collective, n'était pas susceptible de doute. En confirmant cette décision, la chambre des requêtes formule le principe en ces termes : « Les appelés, bien que n'étant pas désignés d'une manière individuelle et nominative, doivent être certains et connus par le cercle étroit dans lequel ils sont limités (1). » La cour est allée plus loin, elle a considéré comme une substitution une clause ainsi conçue dans un legs universel fait par un mari à sa femme : « Elle disposera de mon bien, à sa volonté, envers ma famille. » D'accord avec la cour de Caen, la cour de cassation interpréta cette disposition en ce sens que le testateur avait conféré à la légataire un pouvoir absolu tout ensemble et imposé l'obligation de choisir le substitué dans la *famille du testateur*. Le choix dans la famille est certes très-vague, mais il n'est pas illimité; cela suffit pour que, d'après les termes de la disposition et d'après l'intention du testateur, il y ait substitution (2).

Si la faculté d'élire était réellement illimitée, elle impliquerait le droit de ne pas élire; c'est dire que la prétendue substitution serait sans effet. Le testateur institue sa femme légataire de l'usufruit de tous ses biens. « Quant à la propriété de mon hérédité, dit-il, je donne faculté à

(1) Rejet, 30 novembre 1853 (Dalloz, 1854, 1, 402).
(2) Rejet, 21 août 1866 (Dalloz, 1867, 1, 30).

la même d'en disposer, *en son âme et conscience*, au bénéfice de la personne qu'elle jugera à propos. » Il a été jugé que, dans l'espèce, il n'y avait pas de substitution. En effet, quel est le tiers qui est appelé à la succession? On ne le sait. Si la femme ne disposait au profit de personne, qui aurait le droit de réclamer le bénéfice de la disposition? Personne. C'est à la *conscience* de la légataire que le testateur s'en est rapporté. Or, un devoir de conscience n'est pas une obligation juridique. Si la femme use de la faculté d'élire, c'est qu'elle le veut bien. Où est donc la seconde disposition au profit d'un tiers sans laquelle il n'y a pas de substitution? La cour en conclut que cette prétendue faculté d'élire est l'attribution, au profit de la femme légataire, de la propriété de tout ce que le testateur laissera à son décès, avec le droit d'en disposer comme elle l'entendra; la légataire, entièrement libre, est dans le droit commun de tout propriétaire, elle n'est pas enchaînée par les liens d'une substitution. La cour de cassation a maintenu cette décision (1). Nous croyons qu'elle a bien jugé au point de vue des textes et des principes. Mais il nous reste un scrupule. La disposition litigieuse imposait à la légataire un devoir de conscience; il est plus que probable qu'elle connaissait les intentions de son mari et qu'elle disposa, comme elle le fit, au profit du neveu du testateur pour obéir à cette volonté. Il y avait donc une substitution de conscience; si on la valide, n'est-ce pas donner au testateur le moyen d'éluder la loi? Il donnera ses biens à une personne dont il est sûr, à son conjoint initié à sa pensée, et s'en rapportera à sa conscience en lui permettant d'élire qui il voudra; les intentions seront remplies et la prohibition de la loi sera illusoire. Nous concluons que le législateur devrait prohiber et annuler les substitutions avec faculté d'élire, qu'elle soit limitée ou illimitée. Mais dans l'état actuel de la législation, il est difficile d'annuler une disposition faite avec faculté illimitée d'élire comme contenant une substitution fidéicommissaire.

(1) Rejet de la chambre civile, 2 juillet 1867 (Dalloz, 1867, 1, 272).

N° 3. DE L'OBJET DES DEUX LIBÉRALITÉS.

I. *Principe.*

407. Le testateur peut-il substituer une autre chose que celle qu'il donne? Dans l'ancien droit, il le pouvait. « Je puis, dit Thévenot, substituer la chose même que je donne, mais j'ai aussi la liberté de substituer une autre chose (1). » En est-il de même sous l'empire du code civil? La question est controversée, et il y a quelque doute. Si l'on s'en tient à la lettre de la loi, il faut dire le contraire de ce que Thévenot affirme. Il est vrai que l'article 896 ne parle pas de la chose qui fait l'objet de la substitution, mais les termes dont il se sert impliquent que l'institué doit *conserver* la chose qui lui est donnée ou léguée pour la *rendre* au substitué. C'est donc la chose même qu'il reçoit qu'il est tenu de *rendre;* d'où suit que si le testateur le charge de rendre autre chose, on n'est plus dans les termes de la loi; en effet, comment peut-on rendre ce que l'on n'a pas reçu? Le sens naturel des mots résiste à cette interprétation. Mais à cela on objecte que le mot *rendre* est une expression traditionnelle; qu'il faut l'entendre dans le sens que lui donnait l'ancien droit, ce qui nous ramène à la doctrine de Thévenot.

Le texte du code laissant quelque doute, il faut consulter l'esprit de la loi. Pourquoi le législateur prohibe-t-il les substitutions? Parce qu'elles mettent les biens substitués hors du commerce; c'est le motif économique, et c'est le principal motif. De là suit que si une disposition met hors du commerce la chose que l'institué doit remettre au substitué, il y a substitution prohibée dans l'esprit de la loi. Or, la chose que l'institué doit rendre, il doit naturellement la conserver : comment pourrait-il la rendre s'il ne la conservait pas? Nous arrivons à la conséquence qu'il y a substitution alors même que la chose que l'institué doit remettre au substitué n'est pas identi-

(1) Thévenot, p. 49, n° 119. Comparez Coin-Delisle, p. 46, n° 26 de l'article 896; Demolombe, t. XXII, p. 146, n° 125.



quement la même que celle qu'il a reçue, pourvu qu'il y ait obligation de conserver et, par suite, inaliénabilité de la chose comprise dans la substitution.

Il y a un autre motif de douter. Quelle peut être cette chose que l'institué doit rendre au substitué sans l'avoir reçue du donateur? Ce ne peut être qu'une chose qui appartient à l'institué ou qui appartient à un tiers. Dans l'une et l'autre hypothèse, c'est la chose d'autrui; or, le legs de la chose d'autrui est nul. Cela explique comment cette hypothèse est restée dans le domaine de la théorie. L'arrêt de la cour de Paris que l'on cite statue sur un cas différent. Une testatrice lègue à son neveu des immeubles avec la charge de prélever sur les terres léguées, au mariage de chacun de ses enfants, le capital nécessaire pour former une rente perpétuelle de 2,000 francs dont elle fait don à chacun de ses enfants, et avec la charge qu'au décès du légataire, sa femme, si elle lui survit, prendra sur lesdites terres, ou sur le prix, si elles n'existent plus en nature, 10,000 francs de rente viagère. Les héritiers demandèrent la nullité de ces dispositions comme entachées de substitution. Il a été jugé qu'il n'y avait pas de substitution. La cour de Paris pose en principe que pour qu'il y ait substitution il faut que le légataire institué soit chargé de conserver et de rendre à un tiers le même héritage qui lui a été donné. Or, dans l'espèce, le légataire n'était pas tenu de conserver les terres qui lui avaient été léguées; il avait, au contraire, le droit d'en disposer; la testatrice elle-même prévoyait le cas où il conviendrait au légataire de vendre les biens qu'elle lui donnait. Les dispositions en faveur des enfants et de la femme du légataire n'étaient autre chose que des legs conditionnels que la testatrice mettait à la charge du légataire, au lieu de les mettre à la charge de sa succession (1).

La cour de Paris a bien jugé : là où il n'y a pas charge de conserver, il n'y a pas d'indisponibilité; le légataire reste libre d'aliéner, les biens qu'il a reçus sont sa pro-

(1) Paris, 21 décembre 1824 (Dalloz, au mot *Substitution*, n° 164, 1°).

priété incommutable, ils ne sont pas mis hors du commerce. Quant aux charges qui lui sont imposées, ce sont des legs ordinaires. Il y a donc deux libéralités distinctes : un legs pur et simple des immeubles, et des legs conditionnels que le légataire de ces immeubles doit acquitter. Or, dès qu'il y a deux libéralités distinctes, sans qu'il y ait charge de conserver, il n'y a pas de substitution.

408. Il suit de là que si un légataire universel est chargé de donner telle somme à un tiers, dans le cas où celui-ci lui survivra, il n'y a pas de substitution. En effet, les principes sont identiques : il y a deux libéralités distinctes, un legs universel qui est pur et simple et un legs conditionnel que l'héritier institué doit acquitter. De ce qu'il doit remplir cette charge conclura-t-on qu'il est obligé de conserver les biens qui lui ont été légués, au moins jusqu'à concurrence de la charge qui lui est imposée? Il n'a aucune obligation de conserver; car ce n'est pas tel ou tel bien qu'il est tenu de rendre et que par suite il serait tenu de conserver, c'est une somme d'argent dont il est débiteur éventuel. Or, dit-on d'un débiteur qu'il est obligé de conserver ses biens pour les rendre à son créancier? Les légataires au profit desquels la charge est établie auront une action personnelle contre la succession du légataire, comme tout créancier. Il en serait ainsi alors même que la charge eût été établie avec assignat sur les biens légués et avec hypothèque. Les légataires auraient en ce cas une action hypothécaire, mais cette action n'empêche pas l'héritier institué d'aliéner les biens hypothéqués, il ne doit donc pas les conserver pour les rendre ; ce qui est décisif.

On fait une autre objection très-spécieuse (1). Zachariæ avoue que l'article 896 semble exiger l'identité de la chose donnée que l'institué a reçue et qu'il doit conserver pour la rendre au substitué. Mais, dit-il, si l'on validait une disposition qui chargerait le légataire institué de remettre à sa mort une somme équivalente au substitué, on donnerait au testateur un moyen sûr et facile d'éluder la prohi-

(1) Zachariæ, édition de Massé et Vergé, t. III, p. 187 et note 24.

bition de la loi : le substitué recevrait la valeur au lieu de recevoir la chose. Les éditeurs de Zachariæ répondent et la réponse est péremptoire : ce n'est pas éluder la prohibition des substitutions que de faire une disposition que la loi ne prohibe pas. On ferait fraude à la loi si la disposition présentait, sous une autre forme, les caractères et les inconvénients des substitutions. Mais telle n'est pas la disposition qui laisse l'héritier institué libre de disposer de tout ce qu'il a reçu et le charge seulement d'acquitter un legs. Là où il n'y a pas charge de conserver, pas d'inaliénabilité, il n'y a pas de substitution (1).

Demante dit que si la charge était valable, il en résulterait une obligation de conserver les valeurs qui devront être remises au substitué. Il cite les articles 1065 et 1066 qui imposent à l'institué l'obligation de faire emploi des sommes comprises dans la substitution (2). L'objection repose sur une pétition de principe. En disant que la charge est valable, nous nions en même temps qu'elle constitue une substitution, c'est un legs sous forme de charge; et est-ce qu'un légataire a le droit d'exiger que le débiteur fasse emploi du capital nécessaire pour assurer le payement de la chose léguée ?

409. La cour de cassation s'est d'abord prononcée contre la validité de la disposition que nous examinons. Mais ce premier arrêt est à peine motivé, pour mieux dire, la question n'a pas été soulevée; le débat portait sur une autre difficulté (3). C'est donc une décision sans aucune autorité doctrinale. La jurisprudence a consacré les principes que nous venons d'exposer.

Une testatrice, considérant que son fils n'a pas d'enfants, lègue à un tiers une somme de 400,000 francs, payable après le décès de son fils; pour assurer sa fortune à son fils et la libre disposition des biens, elle remet le testament qui contient ce legs à un notaire, avec obligation de l'anéantir si son fils avait des enfants, et de le

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 26, note 31, § 694.
(2) Demante, *Cours analytique*, t. IV, p 17, n° 10 *bis* II.
(3) Rejet de la chambre civile, 8 juin 1812 (Dalloz, au mot *Substitution*, n° 155).

rendre public si, vingt-cinq ans après son décès, son fils n'en avait pas. Nous citons cette circonstance particulière à la cause parce qu'on y a insisté devant la cour de cassation; en réalité, elle est indifférente, comme l'a très-bien jugé la cour de Lyon. Y avait-il substitution dans l'espèce? Non, car le fils, héritier de sa mère, a eu la libre et complète disposition de tous les biens qui composaient la succession. De fait il ignorait même l'existence du legs de 400,000 francs, mais l'eût-il connue, il n'en serait pas résulté pour lui l'obligation de conserver et de rendre, ni, par conséquent, une indisponibilité quelconque des biens qu'il avait recueillis, donc pas de substitution. La mère avait prévu que son fils pourrait aliéner une de ses terres formant la partie la plus considérable de sa fortune; dans cette hypothèse, le testament devait lui être communiqué, mais le legs n'aurait toujours été exigible qu'à son décès; le fils n'était pas tenu de conserver une valeur de 400,000 francs pour faire face au legs, il restait libre de disposer. La cour conclut que le testateur, libre de faire un legs à terme, prendra pour terme de payement la mort de son héritier, aussi bien que toute autre époque; l'héritier, simplement tenu d'une dette payable à son décès, conserve la faculté de disposer de tous les biens; ces biens restent donc dans le commerce, l'héritier n'est pas tenu de les conserver pour les rendre, donc il n'y a pas de substitution, ni d'après le texte de l'article 896, ni d'après l'esprit de la loi (1).

Sur le pourvoi, il intervint un arrêt de rejet. La cour commence par constater que la disposition attaquée comme entachée de substitution ne comprenait pas deux libéralités, c'était un seul et même legs fait au profit d'un seul et même légataire. Dans l'espèce, cela était évident, puisque l'héritier chargé du legs n'en avait pas même connaissance. Il n'y avait donc pas d'institué : la mère ne disait pas : Je lègue 400,000 francs à mon fils. Il n'y avait pas de substitué; la mère ne disait pas : Je charge mon fils de conserver ces 400,000 francs pour les rendre, à sa

(1) Lyon, 24 janvier 1865 (Dalloz, 1865, 2, 49).

mort, à un tiers. Comment y aurait-il une substitution fidéicommissaire là où il n'y a ni institué ni substitué? On dira que les 400,000 francs se trouvaient dans les biens que la mère laissait à son fils, qu'il en était donc gratifié avec faculté d'en jouir sa vie durant, et qu'à sa mort il devait les rendre au légataire que la testatrice avait gratifié de ce legs. Voilà bien deux dispositions, un institué et un substitué, puisqu'il est de principe que l'institution et la substitution ne doivent pas être expresses. Supposons, répond la cour, qu'il y ait disposition de la somme de 400,000 francs, d'abord au profit de l'héritier, puis au profit du légataire, cela ne suffit pas pour qu'il y ait substitution; ce n'est encore que l'un des caractères de la substitution prohibée, et ce caractère implique que s'il y a deux gratifiés, il n'y a qu'une libéralité, faite d'abord à l'institué et, à sa mort, au substitué; de là dérive l'obligation de conserver la chose léguée pour la rendre. Où est, dans l'espèce, l'obligation de conserver et de rendre? La chose léguée consistait dans une somme d'argent : peut-on conserver une somme d'argent pour la rendre? On l'a nié (1). C'est peut-être aller trop loin, dit le rapporteur, M. d'Ubexi : les substitutions permises peuvent porter sur des choses fongibles, et les substitutions permises sont identiques avec les substitutions prohibées. Mais au moins faut-il que le testateur prescrive l'emploi des choses léguées de manière à en assurer la représentation au moment où le legs deviendra exigible, sinon l'héritier grevé du legs devient propriétaire incommutable de la chose léguée, comme l'usufruitier lui-même le devient; il en dispose librement, et la libre faculté de disposer exclut toute idée d'inaliénabilité et partant de substitution (2). La cour de cassation n'entre pas dans ce débat; elle se borne à dire que la chose léguée n'était pas un corps certain, de sorte que l'on ne sait pas même si les 400,000 fr. existaient dans la succession; et si le fils n'avait pas recueilli cette somme, il ne pouvait certes être tenu de la

(1) Marcadé, t. III, p. 379, n° III de l'article 896.
(2) Nancy, 9 décembre 1871 (Dalloz, 1872, 2, 164). Angers, 24 novembre 1871 (Dalloz, 1872, 2, 208).

conserver et de la rendre. Quand même, poursuit l'arrêt, il serait justifié que la somme léguée se trouvait dans la succession, il faudrait encore que l'héritier fût obligé de la conserver pour la rendre ; or, pas un mot du testament n'impose une pareille obligation à l'héritier ; loin de là, la testatrice avait pris les mesures les plus efficaces pour que son fils ignorât l'existence du legs, et, par conséquent, rien n'entravait son droit de libre disposition. Nous croyons que la cour a eu tort de relever cette circonstance, ce qui semble donner à sa décision l'apparence d'un arrêt d'espèce ; tandis que la conclusion à laquelle la cour arrive est générale et s'applique à tous les cas, alors même que l'héritier institué aurait connaissance du legs. Dès que l'héritier peut librement disposer des biens qu'il recueille, il n'y a pas de substitution ; s'il est chargé de payer une somme d'argent à sa mort, il en résulte une simple créance au profit du légataire dont l'exigibilité est retardée jusqu'au décès du débiteur et reste, par conséquent, soumise à toutes les éventualités de sa solvabilité (1).

Cette doctrine est de jurisprudence, abstraction faite des diverses circonstances de la cause. Dans un testament fait au profit de la femme instituée légataire universelle, le testateur ajoutait : « à la charge de *rendre*, à ceux de mes légataires particuliers que je vais désigner, la somme de 40,000 francs dont je disposerai ci-après. » On se prévalut de l'expression *rendre* pour en induire qu'il y avait obligation de conserver, ce qui est très-vrai en règle générale, car on ne peut rendre que ce que l'on a conservé (2). Mais cela suppose qu'il s'agit du legs d'un corps certain ; il n'en est plus de même quand le testateur lègue une somme d'argent ; ce legs n'engendre qu'une créance au profit des légataires, et cette dette dont l'héritier est chargé ne l'empêche pas plus que toute autre dette de disposer librement des biens qu'il recueille ; or, pas d'indisponibilité, pas de substitution ; il faut donc poser comme principe, avec la jurisprudence, qu'il n'y a pas de substitution si l'héritier n'est pas chargé de conserver un

(1) Rejet, 30 avril 1867 (Dalloz, 1867, 1, 403).
(2) Orléans, 28 janvier 18[illegible] (Dalloz, 18[illegible], 2, 88).

objet certain et déterminé pour le rendre au tiers substitué (1).

II. *Du cas de l'article 899*

1. DE LA SUBSTITUTION DE L'USUFRUIT.

410. Aux termes de l'article 899, la disposition entre-vifs ou testamentaire par laquelle l'usufruit sera donné à l'un et la nue propriété à l'autre n'est pas regardée comme une substitution et, par conséquent, elle est valable. Les libéralités qui ont pour objet l'usufruit donnent lieu à une première question : Peut-on substituer un droit d'usufruit? Dans l'ancien droit, on admettait l'affirmative. Je donne ou lègue l'usufruit de tel fonds à Pierre, en le chargeant de le rendre, à sa mort, à Paul. Thévenot demande quel est, dans ce cas, la chose substituée. Ce ne peut être, dit-il, l'usufruit de Pierre, puisque cet usufruit sera éteint par sa mort. La chose substituée sera donc un autre droit d'usufruit créé par le disposant au profit de Paul. Thévenot demande encore quel est le grevé dans cette substitution, et la réponse est singulière. « Il semble, dit-il, qu'il y ait deux grevés ; savoir, Pierre qui est tenu de remettre au substitué le fonds dont il jouissait, en bon état de réparations usufructuaires, et l'héritier du disposant qui doit souffrir l'exercice du second usufruit sur la chose dont il est propriétaire. Le vrai grevé cependant est cet héritier (2). »

411. Ce que Thévenot dit de cette prétendue substitution suffit déjà pour prouver que ce n'est pas une substitution véritable. La première condition requise pour qu'il y ait substitution fait défaut ; ce n'est pas une seule et même chose qui est donnée à Pierre et qu'il est tenu de rendre, à sa mort, à Paul ; ce sont deux usufruits différents, donc deux libéralités tout à fait distinctes et indé-

(1) Limoges, 17 août 1864 (Dalloz, 1866, 1, 479). La jurisprudence des cours de Belgique est dans le même sens Bruxelles, 11 janvier 1855 (*Pasicrisie*, 1858, 2, 104).

(2) Thévenot, nos 117, 118, et note p. 48.

pendantes l'une de l'autre. Il n'y a donc ni institué ni substitué. Pierre n'est pas institué dans le sens légal du mot, puisqu'il n'est pas grevé. Paul n'est pas substitué à Pierre, puisque ce n'est pas de Pierre qu'il reçoit son usufruit, c'est de l'héritier du disposant qu'il le reçoit, de sorte que celui-ci est grevé sans être institué. Voilà des différences telles, entre la substitution de l'usufruit et la vraie substitution, que l'on se demande comment on a pu les confondre dans l'ancien droit.

Les auteurs modernes sont unanimes à enseigner que l'usufruit ne peut pas faire l'objet d'une substitution fidéicommissaire, ni d'après le texte, ni d'après l'esprit de la loi. Dans la substitution que l'article 896 prohibe, le donataire ou le légataire est chargé de conserver et de rendre; c'est l'essence de la substitution. Or, cette condition fait défaut quand l'usufruit est substitué. L'usufruit est un droit attaché à la personne de l'usufruitier, il s'éteint à sa mort; conçoit-on qu'il soit tenu de rendre ce qu'il ne peut pas conserver? Au moment même où il devrait le restituer, le droit s'éteint; qu'est-ce donc qu'il rendra? Voet en a déjà fait la remarque (1), et Thévenot, esprit très-net, comprenait qu'il y avait impossibilité pour le premier usufruitier de conserver l'usufruit pour le rendre au second; voilà pourquoi il disait que le second usufruitier ne tenait pas son droit de l'institué, qu'il le tenait de l'héritier du disposant. S'il n'y a pas de charge de conserver et de rendre, il ne peut être question de substitution. Aussi la substitution de l'usufruit ne présente-t-elle pas l'inconvénient qui a fait prohiber la substitution fidéicommissaire. Est-ce que le fonds grevé d'usufruit est mis hors du commerce? La nue propriété continue à appartenir au substituant ou à son héritier, et ils peuvent en disposer comme ils veulent, puisqu'elle n'est pas comprise dans la substitution. L'usufruit même qui est substitué n'est pas frappé d'inaliénabilité; l'usufruitier peut céder

(1) Voet, lib VII, tit. I, n° 9 : « *Neque enim ratio patitur ut solius usus-fructûs legatario restitutionis onus imponatur ; quippe qui morte sua sic ipso jure jus omne ususfructûs amittit, ut nihil ultrà, quod restituatur, superesit.* »



son droit, et la substitution ne l'empêchera pas d'en faire la cession avec les effets que la loi y attache, c'est-à-dire que le cessionnaire ne devient pas usufruitier, il ne fait qu'exercer le droit d'usufruit appartenant au cédant.

La charge de conserver et de rendre faisant défaut dans la substitution de l'usufruit, tous les autres caractères de la substitution fidéicommissaire manquent également. Il n'y a pas d'ordre successif. Ce qui constitue le trait de temps requis dans la vraie substitution, c'est qu'il y ait deux libéralités d'une seule et même chose et que la seconde ne s'ouvre que lorsque le premier donataire ou légataire a joui de la chose pendant toute sa vie; il suit de là que l'on peut appeler à la substitution des enfants à naître; il suffit qu'ils soient nés au moment où la substitution s'ouvre. Il n'en est pas de même dans la substitution de l'usufruit. Quoique la jouissance du second usufruitier commence lorsque celle du premier finit, on ne peut pas dire qu'il y ait ordre successif ou trait de temps, car il n'y a aucun lien de droit entre les deux usufruitiers. L'usufruit du second n'est pas celui du premier, puisque celui-ci est éteint. C'est un autre usufruit, dit Thévenot. Or, là où il y a deux libéralités distinctes, sans que le premier gratifié doive conserver la chose pour la rendre au second, il n'y a pas d'ordre successif. A vrai dire, quoique la jouissance du second usufruitier ne s'ouvre que lorsque celle du premier cesse, le droit de l'un et de l'autre procédant du donateur ou du testateur, l'un et l'autre le reçoivent au même moment, lorsque la donation se parfait, ou lorsque le testament s'ouvre; ils doivent donc vivre à cette époque, ou au moins être conçus. Donc l'usufruit ne peut être substitué en faveur d'enfants à naître.

Enfin la substitution de l'usufruit ne s'exécute pas comme s'exécute la substitution fidéicommissaire. Le substitué tient, à la vérité, son droit du substituant, mais il ne reçoit pas la chose directement de lui, il la reçoit des mains de l'institué qui est chargé de la conserver et de la lui rendre; c'est donc contre l'institué ou contre ses héritiers que le substitué doit agir s'il y a lieu. Quand l'usu-

fruit est substitué, il ne saurait être question d'une action du second usufruitier contre le premier ou contre ses héritiers. En effet, au moment où le second usufruit s'ouvre, le premier, étant éteint par la mort de l'usufruitier, est réuni à la nue propriété; il n'existe donc pas dans l'hérédité de l'institué, et on ne peut pas demander à l'héritier de l'institué ce qu'il ne possède pas; l'usufruit réuni à la nue propriété se trouve dans la succession du substituant, c'est donc contre l'héritier du substituant que le second usufruitier devra agir. C'est lui le grevé. Singulier grevé qui n'est pas gratifié! loin de là, il est privé de la jouissance de la chose pendant la vie des deux usufruitiers.

En définitive, quel est l'effet de la substitution de l'usufruit? Ce sont deux usufruits différents légués à deux personnes distinctes. Thévenot le dit implicitement, et Proudhon ne fait que développer sa pensée en disant que le testateur qui substitue l'usufruit fait réellement deux dispositions séparées; c'est comme s'il disait: « Je charge mon héritier de délivrer l'usufruit de mon fonds à Pierre qui en jouira toute sa vie. Après la mort de Pierre, et lorsque l'usufruit que je lui lègue sera consolidé à la propriété entre les mains de mon héritier, je charge celui-ci de délivrer l'usufruit du même fonds à Paul (1). »

412. On a essayé de soutenir devant les tribunaux que la substitution de l'usufruit était frappée de nullité par l'article 896, qui prohibe les substitutions fidéicommissaires. La tradition offrait quelque appui à ces prétentions; mais on voit ici combien il est dangereux de suivre la tradition en cette matière. Dans l'ancien droit, il importait assez peu que l'on qualifiât de substitution une disposition qui ne présentait pas les caractères des substitutions fidéicommissaires; la disposition n'en était pas moins valable, puisque les substitutions étaient permises et même favorisées. Tandis que si l'on confondait la substitution de l'usufruit avec la substitution de l'article 896,

(1) Proudhon, *De l'usufruit*, t. II, p. 32 et suiv., nos 446-454. Et tous les auteurs (voyez les citations dans Aubry et Rau, t. VI, p. 12, note 6; Dalloz, no 158; Demolombe, t. XVIII, p. 144, no 122).



il en résulterait qu'une disposition qui ne présente aucun des caractères de la substitution fidéicommissaire ni ses inconvénients serait frappée de nullité.

Voici l'espèce dans laquelle la question s'est présentée devant la cour de Bruxelles. Par contrat de mariage, les futurs époux se donnent réciproquement, en cas de survie, l'usufruit de tous les immeubles que laissera le prédécédé. La femme meurt la première, après avoir fait un testament par lequel elle lègue à un tiers l'usufruit de tous ses biens après le décès de son mari. Ses héritiers attaquent le testament comme contenant une substitution fidéicommissaire, l'usufruit étant donné d'abord au mari, ensuite au légataire; il y avait donc deux héritiers successifs de l'usufruit. Qu'importe, disait-on, que le premier institué ne soit pas chargé de conserver et de rendre au second? Cette clause résulte de la nature de l'institution, tout usufruitier étant chargé de conserver et de rendre la chose dont il a la jouissance; lors donc qu'il y a deux legs successifs du même usufruit, le premier usufruitier doit nécessairement conserver l'usufruit pour le rendre au second, ce qui constitue une substitution fidéicommissaire. Il suffisait de citer le passage de Voet que nous avons transcrit (p. 459, note 1) pour mettre à néant cette fausse argumentation : un droit qui s'éteint au moment où il devrait être rendu peut-il être conservé pour être rendu? La cour de Bruxelles se réfère aux motifs du premier juge qui avait déclaré les deux dispositions valables (1).

413. La même question s'est présentée pour le legs d'une rente viagère. Un testateur lègue à son frère une rente viagère de 8,000 francs; après sa mort, cette rente devait passer à un autre parent, puis aux enfants de ce second légataire, et si celui-ci mourait sans enfants, le capital de la rente devait revenir au neveu du testateur et à ses enfants. Dans l'espèce, les termes du testament donnaient lieu à quelque doute; en apparence, c'était la rente même qui devait passer d'un légataire à l'autre, ce

(1) Bruxelles, 23 mars 1815 (*Pasicrisie*, 1815, p. 331, et Dalloz, au mot *Substitution*, n° 158, 3°). Dans le même sens, Toulouse, 4 juillet 1840. Comparez Paris, 26 mars 1813 (Dalloz, au mot *Substitution*, n° 158, 4° et 2°)



qui semblait imposer à chacun la charge de la conserver et de la rendre; mais, comme le dit la cour de Paris, le testateur avait parlé, non comme légiste et avec la rigueur juridique, mais comme un homme du monde qui ignore la subtilité du droit. On peut conserver et transmettre une rente perpétuelle, on ne peut pas conserver une rente viagère, puisqu'elle s'éteint à la mort du rentier. En réalité, le capital de la rente, placé en fonds sur l'Etat, était légué au neveu du testateur; ceux au profit desquels ce capital était grevé de rente viagère n'avaient qu'un droit viager de jouissance qui s'éteignait à la mort de chacun d'eux; de sorte qu'il n'y avait rien à rendre à leur décès; le second légataire avait à son tour la jouissance du capital, et il la recevait non de l'institué par la voie oblique de la substitution, mais directement du testateur; à plus forte raison en était-il ainsi du troisième légataire appelé à la propriété du capital; il ne le recevait certes pas par voie de substitution, puisque les premiers légataires n'avaient qu'une jouissance viagère, il le tenait directement du testateur. Quant aux enfants du neveu, ils n'étaient appelés qu'à défaut de leur père, c'est-à-dire par substitution vulgaire. La cour de cassation confirma cette interprétation par un arrêt de rejet (1).

Ces principes conduisent à une conséquence très-importante en ce qui concerne les donataires ou légataires. Ils tiennent leur droit du donateur ou du testateur par voie de donation ou de legs. Si c'est par donation, ils doivent accepter, ce qui exclut les enfants à naître; si c'est par legs, il faut que les légataires soient au moins conçus lors de l'ouverture du legs. La cour de Dijon a appliqué ces principes à une disposition ainsi conçue : Une rente créée au profit du donataire était déclarée réversible sur la tête des enfants du donataire et sur tous ceux de cette branche, côté et ligne, tant qu'elle subsisterait. La disposition fut attaquée comme renfermant une substitution fidéicommissaire. Il a été jugé qu'un droit viager ne pouvait pas faire l'objet d'une substitution. La

(1) Rejet, 8 décembre 1852 (Dalloz, 1853, 1, 218).

disposition était donc valable comme donation; par suite il fallait appliquer les principes qui régissent les donations : la libéralité devait être acceptée par les gratifiés, ce qui la rendait nulle à l'égard des enfants à naître (1).

414. Les mêmes principes ont été appliqués dans l'espèce suivante. Un époux donne à son conjoint l'usufruit de ses biens dans le cas où les enfants que le donateur laissera à son décès mourront avant le conjoint donataire. Cette disposition contient-elle une substitution fidéicommissaire? Oui, a-t-on dit, puisque les enfants commencent par recueillir les biens délaissés par l'époux donateur; puis, à leur mort, ils rendent l'usufruit au conjoint donataire. Il y a charge de conserver et de rendre, il y a ordre successif, donc il y a substitution. La cour de Bruxelles a décidé qu'il n'y avait pas de substitution; l'arrêt est à peine motivé, mais il n'avait guère besoin de l'être, tellement la chose est évidente. Il s'agit toujours de savoir si l'usufruit peut être conservé par ceux qui en jouissent et s'il peut être transmis par voie de succession; or, la négative est certaine. Il est vrai que, dans l'espèce, les enfants avaient la propriété des biens, mais, à leur mort, l'usufruit devait être détaché de la propriété en faveur du conjoint donataire; il fallait donc considérer l'usufruit comme séparé de la nue propriété et, pour voir une substitution dans la disposition litigieuse, il fallait dire que les enfants, après avoir joui leur vie durant, devaient transmettre leur jouissance au conjoint survivant; or, l'usufruit est intransmissible par succession, puisque c'est essentiellement un droit personnel (2).

415. Les principes qui régissent la substitution de l'usufruit ne reçoivent plus d'application dans le cas où le prétendu l'usufruit donné ou légué avec substitution est un droit de propriété. Ce n'est pas aux mots qu'il faut s'attacher en matière de substitution, sinon la prohibition prononcée par l'article 896 serait illusoire : on n'aurait qu'à qua-

(1) Dijon, 26 novembre 1856 (Dalloz, 1858, 2, 93).
(2) Bruxelles, 17 avril 1806 (Dalloz, au mot *Substitution*, n° 179). Comparez Rolland de Villargues, p. 355, n° 241.

lifier la propriété d'usufruit et la prohibition se trouverait éludée. C'est aux tribunaux à décider, par l'ensemble de la clause, s'il y a usufruit ou non. Une testatrice dit : « Ma sœur *jouira de ma succession pendant sa vie*, la reconnaissant *seule héritière* ; et, après son décès, je reconnais pour mes parents et *mes héritiers* telles personnes et leurs représentants. » Si l'on s'attache aux premiers mots de la disposition, la sœur légataire n'avait que la *jouissance*, c'est-à-dire l'*usufruit* de la succession ; mais la testatrice exprime sa véritable pensée en ajoutant que sa sœur est sa seule *héritière*, ce qui veut bien dire qu'elle est *propriétaire* des biens que la défunte laissera ; l'expression *jouir* ne doit pas être prise dans un sens restreint, car dans l'usage on l'emploie en parlant du propriétaire, et le code lui-même commet cette inexactitude de langage (art. 582). La fin de la disposition ne laisse aucun doute sur la pensée de la testatrice ; elle met les héritiers appelés après sa sœur sur la même ligne que sa sœur ; donc tous sont appelés à son hérédité, au même titre, comme *parents*, tous recueillant la propriété de l'hérédité ; et comme ils ne la recueillaient que dans un ordre successif, il y avait substitution prohibée (1).

La cour de Metz a aussi considéré comme un legs de propriété la disposition par laquelle une femme donnait formellement l'*usufruit* de ses biens à son mari pour en jouir sa vie durant, mais elle ajoutait que si le donataire voulait aliéner partie des immeubles pour vivre honorablement, il le pouvait, *à sa volonté et à son choix*, sans que ses héritiers eussent le droit de le contrarier sous aucun prétexte. Puis venait une seconde disposition au profit de sa sœur au cas où elle survivrait au mari de la testatrice. Etait-ce un legs successif d'usufruit ou de propriété ? La faculté d'aliéner que la testatrice accordait aux prétendus usufruitiers décidait la question. En résultait-il que la disposition était nulle ? La cour de Metz l'annula, et Rolland de Villargues approuve la décision. Nous croyons, avec Vazeille, que c'est une erreur ; celui qui est

(1) Angers, 7 mars 1822 (Dalloz, au mot *Substitution*, n° 121)

autorisé à vendre ne doit certes pas conserver, il transmet seulement ce qui restera, c'est-à-dire que le fidéicommis est de ceux que l'on appelle *de residuo*, et ces dispositions ne tombent pas sous l'application de l'article 896 (1).

416. L'usufruit peut-il être substitué à perpétuité? On enseigne que l'usufruit qui s'étendrait à une série indéfinie d'individus serait une substitution, parce qu'on ne conçoit pas une propriété perpétuellement séparée de l'usufruit (2). Il est bien vrai que l'usufruit perpétuel anéantirait la propriété et en tiendrait par conséquent lieu. Mais avant de décider que l'usufruit donné ou légué à perpétuité constitue une substitution, il faut voir si dans notre droit moderne il est possible de donner ou de léguer l'usufruit à une série indéfinie d'individus. Le disposant dit qu'il donne l'usufruit de tel fonds à Pierre et à ses enfants nés et à naître à perpétuité : cette donation est nulle, abstraction faite de toute substitution, à l'égard des enfants à naître, car il faut que la donation soit acceptée, il faut donc être au moins conçu au moment de la donation : la donation est nulle à l'égard des enfants qui ne sont pas conçus au moment où l'acte se passe; elle n'est valable qu'à l'égard de ceux qui sont conçus et qui l'acceptent. Dans ces limites, il ne peut plus être question de substitution, puisque les donataires de l'usufruit tiennent leur droit directement du donateur, alors même qu'ils l'exerceraient successivement. Il en est de même si l'usufruit était constitué à perpétuité par testament; une pareille constitution est impossible, puisque, aux termes de l'article 906, le légataire doit être conçu à l'époque du décès du testateur; à l'égard des enfants non conçus lors de l'ouverture du testament, le legs est caduc. En définitive, l'usufruit ne peut être constitué à perpétuité sous forme de substitution; donc il n'y aurait pas de substitution quand même le disposant le donnerait ou le léguerait à une série indéfinie d'individus (3).

(1) Metz, 16 février 1815 (Dalloz, au mot *Substitution*, n° 68). Rolland de Villargues, p. 353, n° 240. Vazeille, t. II, p. 69, n° 9 de l'article 899.
(2) Rolland de Villargues, p. 356, n° 342. Troplong, t. I, p. 43, n° 133.
(3) Cassation, 22 juillet 1835 (Dalloz, au mot *Substitution*, n° 180).

2. DISPOSITION DE L'USUFRUIT ET DE LA NUE PROPRIÉTÉ.

417. Le disposant donne l'usufruit à Pierre et la nue propriété à Paul; l'article 899 dit que cette disposition ne sera pas regardée comme une substitution et sera, par conséquent, valable. En apparence, cette disposition produit les mêmes effets que la substitution. Pierre, légataire de l'usufruit, commencera par jouir sa vie durant et, à sa mort, la chose donnée ou léguée passera à Paul. N'y a-t-il pas là une double libéralité d'une seule et même chose faite successivement à deux personnes? Non, les apparences trompent : la disposition déclarée valable par l'article 899 ne présente aucun des caractères ni des inconvénients de la substitution fidéicommissaire. Il n'est pas exact de dire que c'est une seule et même chose qui fait l'objet des deux libéralités. Pierre est donataire ou légataire d'un démembrement de la propriété, il est usufruitier, il n'est pas propriétaire; c'est Paul qui a la nue propriété et il n'a pas la jouissance, celle-ci est détachée de son droit de propriété en faveur de Pierre. Puisque Pierre n'a pas la propriété de la chose, il est impossible qu'il soit chargé de la conserver et de la rendre à Paul. Si, lors de la mort de Pierre, Paul acquiert la jouissance de la chose, il ne la reçoit pas des mains de Pierre, le droit de celui-ci s'éteint lors de son décès, il ne peut pas rendre ce qu'il n'a plus; l'usufruit éteint se réunit à la nue propriété par voie de consolidation. Les deux libéralités étant distinctes, la conséquence est qu'elles s'ouvrent l'une et l'autre au même moment; Paul aussi bien que Pierre, le donataire ou le légataire de la nue propriété et le donataire ou légataire de l'usufruit, reçoivent leur libéralité directement du disposant sans ordre successif, sans trait de temps; ils doivent donc être conçus au moment de la donation ou à l'époque du décès du testateur. En un mot, les deux libéralités restent sous l'empire du droit commun; elles sont régies par les principes généraux des donations et des legs (1).

(1) Coin-Delisle, p. 41, nos 1 et 2 de l'article 899.

Un arrêt de la cour de Bruxelles offre un exemple be la disposition prévue par l'article 899. Un testateur lègue divers biens aux hospices, avec cette clause que le *produit* de ces biens appartiendra aux religieux Prémontrés, si cet ordre était rétabli. On attaqua le testament comme entaché de substitution, les hospices légataires étant chargés de conserver et de rendre les biens légués aux Prémontrés. Il est vrai que les Prémontrés n'étaient substitués que conditionnellement, mais la loi prohibe les substitutions conditionnelles, aussi bien que les substitutions pures et simples. On répondit, pour les hospices, que les religieux Prémontrés étaient seulement légataires de l'usufruit; en effet, le testateur ne leur avait donné que le *produit* des biens. Peu importe, disaient les héritiers, car un usufruit constitué au profit d'une personne morale est perpétuel, de sorte que les vrais propriétaires seraient les religieux Prémontrés. L'article 619, répondait à l'objection : l'usufruit qui n'est pas accordé à des particuliers ne dure que trente ans. La cour de Bruxelles donna gain de cause aux hospices; l'arrêt ajoute qu'alors même que l'on considérerait le legs du produit des biens comme un legs de propriété, il n'y aurait pas encore de substitution, puisque la disposition serait conditionnelle, c'est-à-dire que les seuls légataires seraient les religieux Prémontrés; il n'y aurait donc pas d'ordre successif, donc pas de substitution (1).

418. Un testateur lègue l'usufruit de ses biens à ses neveux et la propriété aux descendants qu'ils laisseront par souche, et au cas où ils viendraient à décéder sans postérité, le testateur lègue tous ses biens à un tiers. Cette disposition renferme-t-elle une substitution, ou tombe-t-elle sous l'application de l'article 899? La question a été décidée en ce dernier sens par la cour de Bruxelles. Quand je lègue l'usufruit de mes biens à mes neveux et la nue propriété à leurs descendants, je suis dans le texte et dans l'esprit de l'article 899, puisque je donne l'usu-

(1) Bruxelles, 15 octobre 1827 (*Pasicrisie*, 1827, p. 292). Comparez Rejet, 5 mai 1856 (Dalloz, 1857, 1, 37).

fruit à l'un et la nue propriété à l'autre. Dans l'espèce, l'un des neveux laissa un enfant qui recueillit tous les biens. Etait-ce par voie de substitution? Non; car la petite-nièce tenait les biens, non de son père qui n'en avait pas été gratifié, puisqu'il était simple usufruitier, mais elle les tenait de la testatrice, sa grand'tante. Il y avait donc, dans l'espèce, deux libéralités distinctes s'ouvrant au même moment, l'une de l'usufruit au profit du neveu, l'autre, de la nue propriété, au profit de la petite-nièce. On faisait une objection qui, sous l'empire du code civil, eût été décisive : la petite-nièce n'était pas conçue lors de la mort de la testatrice. S'il s'était agi d'une disposition faite après la publication du code civil, elle n'aurait pu recueillir le bénéfice du legs, mais le testament datait de l'an 1778 et la testatrice était morte en 1791 ; la question devait donc être décidée d'après notre ancien droit; or, il était de jurisprudence, comme l'atteste Stockmans dans sa 26e décision, que l'on pouvait donner par testament à des enfants qui n'étaient pas encore nés ni conçus à l'époque du décès du testateur (1).

419. Faut-il décider la même chose si, à défaut d'enfants appelés à recueillir les biens, le testateur les lègue à un tiers? Il y a eu quelque hésitation sur ce point dans la jurisprudence; l'affirmative l'a emporté et avec raison (2). On est toujours dans les termes de l'article 899. Si, lors du décès du testateur, il n'y a pas d'enfants, le legs qui leur a été fait devient caduc et le tiers sera, dès ce moment, légataire de la nue propriété, comme les enfants l'auraient été s'il y en avait eu. C'est l'hypothèse que nous venons d'examiner (n° 418), avec cette seule différence que le tiers est appelé conditionnellement; or, la condition ne change rien à la nature du legs qui lui est fait. S'il y a des enfants, ils seront légataires de la nue propriété, mais le legs sera résolu s'ils viennent à décéder avant leur père; en effet, dans cette hypothèse,

(1) Bruxelles, 27 novembre 1819 (*Pasicrisie*, 1819, p. 501). Comparez Paris, 23 juin 1825 (Dalloz, au mot *Substitution*, n° 163, 2°).

(2) Caen, 11 août 1825 (Dalloz, au mot *Substitution*, n° 185, 2°). Metz, 9 février 1865 (Dalloz, 1865, 2, 59).

les biens passeront au tiers appelé au cas où le légataire de l'usufruit ne laisserait pas d'enfants; ce tiers sera donc légataire des biens sous la condition qu'il n'y ait pas d'enfants au décès du légataire de l'usufruit (1).

Il y a un arrêt en sens contraire de la cour de Paris. Le motif qui l'a entraînée est que, dans l'opinion que nous enseignons, il est impossible d'asseoir le legs de propriété sur la tête de qui que ce soit. Pierre, légataire de l'usufruit, n'a point d'enfants au décès du testateur, et le tiers appelé à leur défaut ne peut pas recueillir le legs de nue propriété, puisqu'il n'est appelé qu'en cas de mort de Pierre sans enfants. Donc en attendant la mort de Pierre, la propriété reste en suspens. Nous répondons que cela était vrai dans l'ancien droit, qui permettait de léguer à des enfants à naître; la propriété était alors en suspens tant qu'il pouvait naître des enfants (2). Dans notre droit moderne, les enfants à naître ne pouvant pas être appelés, il n'y a pas d'incertitude sur la propriété. S'il y a des enfants au décès du testateur, ils recueillent le legs de la nue propriété; il est vrai que le legs peut être résolu s'ils prédécèdent à leur père; mais, dans ce cas, c'est le tiers appelé à leur défaut qui prend les biens, et il en a la propriété à partir de l'ouverture de l'hérédité, puisqu'il en est légataire sous condition suspensive, et la condition, quand elle s'accomplit, rétroagit au jour de l'ouverture de l'hérédité (3).

420. Une testatrice lègue l'usufruit successif d'une partie de ses biens à ses neveu et nièce pour être recueilli après eux par son petit-neveu; puis elle lègue à ce petit-neveu la propriété de tous ses biens sous la condition qu'il se mariera; s'il ne se marie pas, elle lègue ses biens à sa cousine. On attaqua le testament pour cause de substitution. Il a été jugé que cette disposition rentrait dans

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 12, note 7, § 694.

(2) Voyez l'arrêt précité (p. 468, note 1) de la cour de Bruxelles. La cour dit que rien ne s'oppose à ce que la propriété reste en suspens. Ne faut-il pas dire que, tant que le legs reste en suspens, la propriété appartient aux héritiers saisis?

(3) Paris, 1er décembre 1807 (Dalloz, au mot *Substitution*, n° 186). En sens contraire, Duranton, t. VIII, p. 46, n° 52; Rolland de Villargues, p. 373, n° 251.

les termes de l'article 899. La disposition principale renferme un legs pur et simple en usufruit et un legs conditionnel en nue propriété ; si la condition se réalise, il y aura legs de l'usufruit au profit des neveu et nièce et legs de la nue propriété au profit du petit-neveu ; ce qui est précisément l'hypothèse de l'article 899. Si le petit-neveu ne se marie pas, la cousine est appelée. Est-ce une substitution? Non, car il n'y a point d'institué. Les neveu et nièce sont simples usufruitiers, donc ils ne sont pas chargés de conserver les biens et de les rendre. Le petit-neveu, s'il ne se marie point, n'aura jamais été légataire de la propriété, puisque la condition sous laquelle il était appelé fait défaut, il n'est donc pas institué; et là où il n'y a pas d'institué, il ne saurait y avoir de substitué. Il n'y a donc pas d'ordre successif ; la cousine tient son droit directement de la testatrice, sans aucun intermédiaire; ce droit s'ouvre dès l'instant de la mort de la défunte, si la condition s'accomplit, par suite de la rétroactivité de la condition. C'est donc bien le cas de l'article 899 : un legs en usufruit et un legs en nue propriété. On objectait que la cousine, appelée en dernier lieu, était substituée au petit-neveu. Substituée vulgairement, oui, c'est-à dire qu'elle était appelée au cas où le petit-neveu ne viendrait pas au legs comme n'ayant pas accompli la condition ; or, la substitution vulgaire est permise (art. 898), et de substitution fidéicommissaire il n'y en avait pas (1).

421. Les clauses varient d'une espèce à l'autre; la décision doit être la même dans tous les cas où celui qui est appelé conditionnellement aux biens tient son droit directement du disposant, puisque alors il n'y a pas d'institué, ni partant de substitué. Il est dit dans un testament : « Je lègue tous mes biens à Pierre et à Charles, je déclare néanmoins que je n'entends léguer à Charles la propriété de sa portion desdits biens que dans le cas où il laissera, à l'époque de son décès, des enfants issus d'un légitime mariage et, le contraire arrivant, je lui lègue

(1) Poitiers, 30 juillet 1830, et Rejet, 20 décembre 1831 (Dalloz, au mot *Substitution*, nº 149). Comparez Poitiers, 21 juin 1825 (Dalloz, au mot *Substitution*, nº 193), et Montpellier, 28 janvier 1864 (Dalloz, 1865, 2, 59).

seulement la jouissance et l'usufruit desdits biens, et audit cas je lègue la nue propriété à Paul, mon neveu. » La cour de Toulouse a décidé qu'il n'y avait pas de substitution. Si Paul arrive au legs, est-ce comme substitué? Non, il est substitué vulgairement à Charles; c'est dire que s'il recueille les biens, c'est parce que Charles ne peut pas les recueillir, la condition sous laquelle il y était appelé ayant fait défaut: Charles n'étant pas légataire de la propriété, il ne peut être chargé de la conserver et de la rendre. Il est vrai que le testateur avait commencé par lui donner les biens en propriété, mais il modifia ensuite cette institution par une condition résolutoire : en cas de mort sans enfants, le droit de propriété de Charles est résolu et transformé en usufruit; il meurt donc usufruitier, et l'usufruitier ne peut jamais être chargé de conserver et de rendre; donc Paul ne reçoit pas les biens des mains de Charles, il les reçoit du testateur sans intermédiaire, ce qui est décisif (1).

Dira-t-on qu'il en est de même dans les substitutions? Quand la substitution s'ouvre, le droit de l'institué aussi n'aura été qu'une jouissance, un usufruit; ce qui n'empêche pas qu'il transmette les biens au substitué. L'article 899 répond à l'objection; il permet de disposer de l'usufruit au profit de l'un et de la nue propriété au profit de l'autre; et ce qu'il permet de faire purement et simplement, il permet aussi de le faire sous condition. Eh bien, dans l'espèce, le legs fait au profit de Charles est un legs conditionnel en usufruit, puisque, par l'effet de la condition résolutoire, le legs de la propriété est transformé en legs d'usufruit.

422. La même question s'est présentée devant la cour de cassation dans une espèce où le petit-fils de la testatrice était gratifié en premier ordre. Au moment où l'aïeule testait, son fils était mort laissant un petit-fils; la testatrice, sans instituer son petit-fils, disait : « Dans le cas où mon petit-fils mourrait sans postérité, je veux qu'il soit réputé n'avoir recueilli qu'en usufruit sur sa tête la moi-

(1) Toulouse, 15 juin 1833 (Dalloz, au mot *Substitution*, n° 165). Comparez Paris, 22 janvier 1836 (Dalloz, n° 167).

tié de ma succession. Dans le même cas, je lègue la propriété de cette moitié, *sous condition suspensive*, à mes neveux et nièces, qui la recueilleront par souches. Il en résulte que mon petit-fils ne recueillera la moitié de ma succession que *sous condition résolutoire*, savoir : qu'il mourra laissant de la postérité. » Cette rédaction, avec ses formules juridiques, trahit la main du jurisconsulte; on peut formuler la disposition en ces termes : « Je lègue mon disponible à mon petit-fils sous la condition résolutoire qu'il meure sans postérité; si cette condition se réalise, je lui lègue l'usufruit de mon disponible et la nue propriété à mes neveux et nièces. » Y a-t-il substitution? La cour de cassation a jugé qu'il n'y en avait pas. Il y a, dit-elle, deux donations conditionnelles distinctes, l'une d'usufruit, l'autre de nue propriété; donc il faut appliquer l'article 899 qui permet de donner l'usufruit à l'un et la nue propriété à l'autre, sans distinguer si la disposition est pure et simple ou conditionnelle; les conditions résolutoire et potestative sont d'ailleurs permises dans les donations et testaments, aussi bien que dans les contrats. Le tribunal de première instance avait jugé que la disposition litigieuse contenait une substitution; la cour de cassation démontre qu'il n'y en a pas. Supposons, dit-elle, que la condition se réalise du vivant de la testatrice, c'est-à-dire que son petit-fils vienne à prédécéder sans postérité; il en résultera qu'il n'aura jamais rien reçu, ni usufruit, ni nue propriété; le legs qui lui a été fait devient caduc. Qui recueillera les biens? Les neveux et nièces. Est-ce en vertu d'une substitution? Oui, en vertu d'une substitution vulgaire. Non, en vertu d'une substitution prohibée. Il n'y a pas d'institué dans cette hypothèse; il ne peut donc y avoir ni substitué ni substitution. Si la condition ne se réalise qu'après le décès de la testatrice, c'est-à-dire, si son petit-fils décède sans postérité, il aura été légataire de l'usufruit; la condition sous laquelle les neveux et nièces sont appelés se réalisant, ils viennent à l'hérédité directement, leur droit rétroagissant au jour du décès du testateur, ils auront la nue propriété à partir de ce moment; ils recevront les biens, non du petit-fils à

son décès, mais directement de la testatrice, qui leur en transmet la propriété par l'effet de sa volonté. Cela exclut la substitution, comme nous venons de le dire (1).

M. Demolombe critique vivement cette décision. « Si, dit-il, elle fait jurisprudence, nous craignons fort que la formule approuvée par la cour de cassation ne devienne un protocole tout fait à l'usage de ceux qui voudraient établir des substitutions prohibées. » C'est dire que la clause litigieuse a pour but et pour effet d'éluder la prohibition de l'article 891, qu'elle présente, par conséquent, au fond tous les caractères, tous les inconvénients des substitutions fidéicommissaires. Le petit-fils, dit M. Demolombe, devient, à la mort de son aïeule, plein propriétaire des biens légués; il conserve cette propriété pendant sa vie; il les rend, à sa mort, aux neveux et nièces de la testatrice s'il meurt sans postérité. C'est une substitution déguisée sous la forme d'un legs conditionnel d'usufruit et de nue propriété. Nous avons répondu d'avance à l'objection. Il n'est pas exact de dire que le petit-fils devient propriétaire des biens légués avec charge de les conserver et de les rendre aux neveux et nièces, s'il meurt sans postérité. Car si cette condition se réalise, il n'aura jamais été propriétaire, il n'aura été qu'usufruitier; ce sont les neveux et nièces qui auront toujours été propriétaires, et cela, comme le dit très-bien la cour de cassation, non du jour où le petit-fils meurt, mais du jour du décès de la testatrice; ils reçoivent donc les biens directement de la testatrice, ils sont nus propriétaires à partir de sa mort.

M. Demolombe dit que la disposition litigieuse n'est point celle que l'article 899 autorise. Ce que la loi permet, selon lui, c'est d'attribuer actuellement, c'est-à-dire au moment où la libéralité se fait, donc lors du décès, s'il s'agit d'un legs, la nue propriété à l'un, l'usufruit à l'autre. *Actuellement*, qu'est-ce à dire? Faut-il que la disposition soit pure et simple? C'est nier que le testateur puisse donner l'usufruit et la nue propriété sous condition. La loi ne dit pas que le testateur doive disposer purement et

(1) Rejet, 30 avril 1855 (Dalloz, 1855, 1, 207).

simplement; l'exiger, c'est, d'une part, introduire dans l'article 899 une distinction et une restriction qui ne s'y trouvent point; c'est, d'autre part, défendre au testateur de disposer sous condition. Il est vrai que les dispositions conditionnelles peuvent déguiser une substitution fidéicommissaire; nous y reviendrons. Dans l'espèce, il n'y a pas de substitution.

M. Demolombe soutient que la position du petit-fils, dans l'espèce, est exactement celle d'un grevé dans une substitution fidéicommissaire. Ce prétendu légataire de l'usufruit, dit-il, est en même temps légataire de la nue propriété, de sorte que jusqu'à sa mort il est plein et entier propriétaire comme l'est un grevé. Il nous semble que le critique oublie les conditions. Peut-on dire que le petit-fils est plein propriétaire alors qu'à côté de lui se trouvent des neveux qui sont propriétaires sous une condition suspensive, condition qui, en se réalisant, résoudra rétroactivement le droit du petit-fils à ce point qu'il n'aura jamais été qu'usufruitier?

M. Demolombe ajoute qu'à la mort du petit-fils les choses se passent comme dans le cas de substitution. Si les neveux et nièces lui survivent, sa propriété sera résolue, les neveux et nièces recueilleront les biens *absolument* comme des grevés à la mort du substitué. *Absolument!* Non, car les substitués tiennent leur droit immédiatement du grevé, obligé de conserver les biens pour les leur rendre; tandis que les neveux et nièces reçoivent directement les biens de la testatrice sans intermédiaire aucun; ce qui fait qu'ils doivent être conçus à la mort de la testatrice, tandis que les substitués ne doivent pas être conçus à ce moment. La différence est capitale : il n'y a pas de substitution lorsqu'il n'y a pas d'institué qui transmette les biens au substitué (1).

Il nous reste un scrupule qui a entraîné Coin-Delisle et les éditeurs de Zachariæ. Si l'on valide la clause par laquelle un legs de pleine propriété est converti éventuel-

(1) Demolombe, t. XVIII, p. 137, nº 120. Comparez Coin-Delisle, *Revue de législation*, 1856, t. IX, p. 289 et suiv. Aubry et Rau, t. VI, p. 12, note 8, § 694.

lement en un legs d'usufruit, on donne un moyen d'éluder la prohibition des substitutions fidéicommissaires, car cette clause produit des effets identiques. Nous pourrions répondre, comme le font MM. Aubry et Rau sur une autre question, que ce n'est pas éluder la loi que d'user d'un droit qu'elle donne, et nous croyons que l'article 899, combiné avec les dispositions conditionnelles, donne au disposant le droit qu'on lui conteste. Mais cette réponse ne nous satisfait pas entièrement. On a dit, et non sans raison, que l'article 899 doit être entendu et appliqué de manière à ne pas annuler l'article 896. Il y a une réponse plus directe à l'objection; nous l'avons faite d'avance en établissant la différence qui existe, en droit, entre la clause litigieuse et la vraie substitution fidéicommissaire. Les effets ne sont pas les mêmes en droit, et les inconvénients sont moindres. En droit, il n'y a pas deux propriétaires successifs d'une même chose, le premier gratifié n'étant qu'usufruitier par l'effet de la condition qui résout le legs fait en propriété. Il n'y a qu'un seul légataire de la propriété si la condition résolutoire se réalise, c'est le second gratifié, celui-ci tient son droit directement du disposant sans intermédiaire aucun; aussi doit-il exister au moment où le testateur décède, tandis que, dans la substitution fidéicommissaire, le second gratifié reçoit les choses du premier, et il suffit qu'il existe lorsque la substitution s'ouvre par le décès de l'institué. En fait, la condition résolutoire rend la propriété incertaine tant qu'elle est en suspens et nuit, par conséquent, à la circulation des biens; on ne sait qui sera propriétaire, le premier gratifié ou le second. C'est là notre scrupule, mais nous croyons que le législateur seul y pourrait faire droit, l'interprète ne le peut pas, puisqu'il étendrait la prohibition des substitutions à une clause qui n'en présente pas tous les caractères ni tous les inconvénients. Il faudrait aller jusqu'à prohiber la clause résolutoire dans les dispositions testamentaires. Cette prohibition n'existe pas dans la loi.

423. On cite comme ayant consacré l'opinion contraire à celle que la cour de cassation a adoptée un arrêt de la

cour de Metz. Il est vrai que la cour de Metz paraît approuver la critique que Coin-Delisle a faite de la décision que nous avons essayé de défendre ; mais ce n'est pas la doctrine soutenue par cet éminent jurisconsulte et, à sa suite, par les éditeurs de Zachariæ et par Demolombe, que la cour de Metz a sanctionnée. Elle a puisé les motifs de décider dans les clauses toutes particulières de l'acte. C'est un arrêt d'espèce, tandis que la cour de cassation a rendu un arrêt de principe. Il serait trop long et de plus inutile d'entrer dans le détail des circonstances de la cause, ces circonstances variant d'un cas à l'autre. Nous ne citerons que la clause qui, d'après la cour de Metz, prouve que le disposant voulait faire et avait réellement fait une substitution. Le testateur voulait assurer ses biens à son neveu et aux enfants de son neveu, ou au petit-neveu de sa femme, à l'exclusion de ses parents collatéraux. Il commence par donner à son neveu l'usufruit de ses biens, puis il institue conjointement légataires de la nue propriété son neveu et le petit-neveu de sa femme. Ensuite il prévoit le décès de son neveu laissant ou ne laissant pas de descendants. Ici la pensée de substitution se fait jour. Le testateur ne se borne pas à dire que si, à son décès, son neveu laisse des enfants, ceux-ci sont appelés à succéder de préférence au petit-neveu de sa femme ; cette disposition eût été très-valable ; c'est celle que la loi autorise dans l'article 898 et qui est connue sous le nom de substitution vulgaire. La substitution vulgaire suppose que l'un des gratifiés ne la recueille pas, il n'y a donc jamais qu'un seul gratifié ; tandis que, dans l'espèce jugée par la cour de Metz, il y en avait deux. Il est manifeste, dit l'arrêt, que le disposant a prévu le cas où son neveu viendrait à mourir après lui, ayant déjà recueilli et, dans cette hypothèse, s'il mourait sans enfants, il voulait que toute l'hérédité fût recueillie par le petit-neveu de sa femme. La clause, ainsi entendue, contenait certainement une substitution, puisque le neveu du testateur commençait par recueillir les biens pour les transmettre à sa mort au petit-neveu par alliance du disposant. Telle est la circonstance particulière de la cause

qui a décidé la cour de Metz. Nous renvoyons aux recueils d'arrêts pour les détails (1).

424. L'arrêt de la cour de Metz méritait d'être mentionné; il prouve que la clause contenant disposition d'usufruit et disposition de la nue propriété peut cacher une substitution, et il va sans dire que, dans ce cas, il faut appliquer l'article 896. Il ne peut pas dépendre du disposant de faire une substitution prohibée, en la faisant en apparence sous une forme que la loi autorise. Il en serait de même si le testament contenait une clause évidente de substitution, et si une autre clause, prévoyant la remise des biens que l'institué ferait de son vivant au substitué, permet à l'institué de retenir l'usufruit des biens; cette clause d'usufruit ne détruit pas la première, qui est entachée de substitution et nulle comme telle. La cour de Pau l'a jugé ainsi, et au point de vue des principes, cela n'est pas douteux (2). Quant à l'appréciation des faits et des clauses, nous l'acceptons telle que les cours la font; nous venons d'en dire la raison (n° 423).

ARTICLE 2. L'ordre successif.

N° 1. PRINCIPE.

425. Les auteurs s'accordent à dire que l'ordre successif est un caractère essentiel des substitutions fidéicommissaires. Il ne suffit pas que la même chose soit donnée ou léguée à deux personnes pour qu'il y ait substitution; il faut que le second gratifié ne recueille les biens qu'après que le premier les a recueillis. De sorte que la propriété repose successivement sur deux têtes : l'institué est propriétaire jusqu'à sa mort; à ce moment, le substitué prend les biens et en devient propriétaire à son tour. L'un et l'autre tiennent leur libéralité du disposant, mais avec cette différence qui caractérise la substitution, c'est que l'institué reçoit les biens des mains du disposant, tandis que le substitué les reçoit par l'inter-

(1) Metz, 7 juillet 1869 (Dalloz, 1869, 2, 226).
(2) Pau, 10 juin 1830 (Dalloz, au mot *Substitution*, n° 189).

médiaire de l'institué. L'article 896 consacre ce principe, qui est de tradition. Il suppose qu'il y a un donataire, un héritier institué ou un légataire, donc un premier gratifié recueillant les biens à titre de propriétaire, puisque la donation et le legs sont des actes translatifs de propriété. L'article ajoute que l'institué doit conserver les biens et les rendre à un tiers, qui est le substitué. C'est donc de l'institué que le substitué reçoit les biens, non pas que l'institué les lui donne ou les lui lègue, l'institué les lui rend comme en étant chargé par le disposant. Reste à savoir quand il doit les rendre; nous dirons plus loin que c'est à sa mort (1).

Tel est l'ordre *successif*. Ce terme indique plus qu'une transmission de biens qui se fait successivement, l'une après l'autre : il marque que la transmission se fait à titre de *succession*; c'est un ordre spécial de succéder que le disposant crée, ordre qui déroge à l'ordre légal et régulier dans lequel les parents sont appelés à succéder. Ce caractère des substitutions est un des motifs qui les ont fait prohiber. Bigot de Préameneu en a fait la remarque dans la discussion assez longue à la suite de laquelle le conseil d'Etat admit, en principe, une exception à la prohibition des substitutions fidéicommissaires. La donation et le testament sont des actes par lesquels la propriété se transmet et s'acquiert. Tel est le droit commun. La substitution n'est pas un simple transport de propriété, c'est un *ordre* établi entre les personnes que le disposant appelle pour se succéder les unes aux autres. C'est constituer pour les générations futures l'état et l'organisation de la famille. Bigot de Préameneu dit très-bien que c'est faire un acte de législation plutôt qu'exercer un droit privé. Pour mieux dire, ce n'est plus un droit, c'est un privilége qui est en opposition avec le droit. En effet, le droit de l'homme sur ses biens cesse à sa mort; par les substitutions, il se survit à lui-même, il dispose encore de ses biens alors qu'il n'existe plus; car ce sont des enfants à naître qui reçoivent les biens comme sub-

(1) Toullier, t. III, 1, p. 14, n° 24. Aubry et Rau, t. VI, p. 11, note 4.

stitués, et ils les reçoivent à un moment où le substituant est mort (1).

426. Quand il n'y a point d'ordre successif, il n'y a pas de substitution. Une libéralité faite conjointement à deux personnes n'est donc pas une substitution prohibée. Je donne ou je lègue mon disponible à Pierre et à son fils aîné. Il y a deux gratifiés, donc deux libéralités; c'est aussi la même chose qui est donnée ou léguée à Pierre et à son fils, puisque chacun d'eux est appelé à tous mes biens. Mais il n'y a pas d'ordre successif; les deux gratifiés recueillent simultanément les biens et deviennent propriétaires irrévocables à partir du moment que la donation ou le testament produisent leur effet; le fils aîné de Pierre ne reçoit rien de son père, il reçoit les biens directement du disposant, alors même que, par la renonciation de son père, il recueillerait tous les biens; il ne les prend pas comme substitué à son père, il ne les reçoit pas de son père, il succède à tous les biens, parce que le disposant les lui a donnés ou légués. Donc pas d'obligation de conserver et de rendre, pas d'indisponibilité des biens, aucun des inconvénients qui ont fait prohiber les substitutions.

427. On ne peut pas poser une règle, en matière de substitution, sans y ajouter une restriction; c'est que la disposition, légale en apparence, est frappée de nullité si elle cache une substitution prohibée. Une testatrice lègue ses biens à ses deux frères, avec cette clause que si l'un d'eux venait à décéder, soit avant, soit après elle, le survivant recueillerait le tout. En cas de prédécès de l'un des frères, le survivant devait avoir toute l'hérédité par droit de non-décroissement, puisqu'il était appelé à tous les biens; c'est le droit commun. Mais la testatrice appelait aussi le survivant à toute l'hérédité dans le cas où l'autre frère mourrait après elle, par conséquent après avoir recueilli et être devenu propriétaire. A quel titre le survivant prenait-il la moitié des biens échus à son frère? Ce n'était pas en vertu du droit d'accroissement, puisque

(1) Séance du conseil d'Etat, du 14 pluviôse an XI, n° 2 (Locré, t. V, p. 211).

l'accroissement suppose la caducité du legs, et, dans l'espèce, le legs, loin d'être caduc, avait produit son effet, il s'était ouvert au profit du frère; c'est donc de celui-ci que le frère survivant recevait les biens que l'autre avait recueillis; partant celui-ci devait les conserver et les rendre à sa mort au frère survivant. Voilà la charge de conserver et de rendre à la mort, donc il y a ordre successif et, par conséquent, substitution prohibée (1).

N° 2. APPLICATION.

I. *De la substitution vulgaire.*

428. L'article 898 porte : « La disposition par laquelle un tiers serait appelé à recueillir le don, l'hérédité ou le legs, dans le cas où le donataire, l'héritier institué ou le légataire ne le recueillerait pas, ne sera pas regardée comme une substitution et sera valable. » C'est ce que l'on appelle une substitution *vulgaire*; la disposition prévue par l'article 898 est donc une substitution, car un second gratifié est substitué au premier, pour le cas où celui-ci ne pourrait ou ne voudrait pas la recueillir. Si l'article 898 dit que ce n'est pas une substitution, c'est afin de marquer que ce n'est pas la substitution que l'article 896 prohibe, c'est-à-dire une substitution fidéicommissaire.

Pourquoi la substitution vulgaire est-elle valable? Parce qu'elle ne présente aucun des caractères ni aucun des inconvénients qui ont fait prohiber la substitution fidéicommissaire. Il n'y a pas d'ordre successif, parce qu'il n'y a qu'une seule libéralité. Je lègue mon disponible à mon fils aîné, et au cas où il ne viendrait pas au legs, je lui substitue son fils aîné. Si mon fils recueille le legs, mon petit-fils ne peut pas le recueillir, puisqu'il n'est appelé que dans le cas où mon fils n'y viendrait point. Que si mon petit-fils y vient, c'est parce que mon fils n'aura pas pu ou n'aura pas voulu recueillir le legs. Il n'y a donc, en tout cas, qu'un seul gratifié, soit mon fils,

(1) Bruxelles, 27 juillet 1830 (*Pasicrisie*, 1830, p. 192).

soit mon petit-fils; donc une seule libéralité, qui s'ouvre au décès du testateur. Cet unique légataire n'est pas chargé de conserver et de rendre, il est propriétaire définitif. Aucune incertitude dans la propriété, les biens restent dans le commerce; le légataire qui les recueille en peut disposer. La substitution vulgaire n'a rien de commun avec la substitution fidéicommissaire, sauf le nom de substitution, et le code ne lui donne pas même ce nom, sans doute par haine des substitutions aristocratiques de l'ancien régime.

429. Le code suppose qu'une donation entre-vifs peut contenir une substitution vulgaire. Cela est impossible lorsque la donation est pure et simple. En effet, le donataire devient immédiatement et irrévocablement propriétaire de la chose donnée; dès lors un substitué ne peut plus les recueillir en son lieu et place. Pour que la substitution puisse se faire par donation, il faut supposer une donation faite sous condition suspensive ou résolutoire. Si la condition est suspensive, elle peut défaillir et, par suite, la donation n'aura jamais existé; en vue de cette éventualité, je puis donner la même chose à un autre donataire substitué au premier. Si la condition est résolutoire, elle résout la donation quand elle s'accomplit; je puis, en vue de cette éventualité, appeler un second donataire (1).

La condition peut donner à la substitution vulgaire les apparences d'une substitution fidéicommissaire. Il est dit dans une donation : « Dans le cas où le donataire viendrait à prédécéder au donateur, celui-ci déclare donner la même chose aux père et mère du donataire. Au moyen de quoi, continue l'acte, le donateur se démet et se dessaisit de la nue propriété de la pièce de terre par lui donnée et en vêtit et saisit le donataire, et, en cas de prédécès de celui-ci, les père et mère du donataire, pour en jouir et disposer après le décès du donateur. » On demande la nullité de la donation comme entachée de substitution. En effet, l'acte *saisit* d'abord le premier dona-

(1) Duranton, t. VIII, p. 31, n° 36. Coin-Delisle, p. 62, n° 7 de l'article 898; Aubry et Rau, t. VI, p. 8 et note 6.

taire de la propriété, puis, en cas de prédécès du donataire, la propriété passe à ses père et mère Il a été jugé que l'acte, très-mal rédigé, ne contenait pas de substitution. Le premier donataire, un enfant mineur, n'était gratifié que conditionnellement; s'il survivait au donateur et en cas de prédécès, les père et mère étaient appelés à recueillir les biens; ils les recueillaient comme donataires directs ayant accepté comme tels : c'était donc une substitution vulgaire faite par donation conditionnelle (1).

430. Quel est l'effet de la substitution vulgaire? On applique les principes généraux qui régissent les donations et les legs, puisque le substitué est un donataire ou un légataire, gratifié directement par le disposant. Il s'est cependant présenté une difficulté. Une testatrice avait institué légataires universels son frère et sa sœur; son frère étant venu à prédécéder, elle fit un nouveau testament par lequel elle nomma sa sœur légataire universelle et, en cas de prédécès de l'institué, elle instituait légataires universels les six enfants de l'une des sœurs prédécédée et l'enfant unique d'une autre sœur, en ajoutant: chacun pour une septième part égale. Question de savoir si les substitués étaient légataires universels ou légataires à titre universel d'un septième. La cour de Gand décida, en principe, que les substitués étant mis en lieu et place de l'institué, les deux dispositions n'en formant en réalité qu'une seule, le droit des substitués devait être identique à celui des institués : l'institution étant universelle, la substitution l'est nécessairement. Cela est vrai en théorie; en fait, il faut tenir compte de la volonté du testateur; rien ne l'empêche de remplacer des légataires universels par des légataires universels. Cette intention existait-elle dans l'espèce? On objectait l'indication des parts; la cour remarque qu'il y avait une raison pour laquelle la testatrice avait indiqué les parts; c'est qu'elle ne voulait pas du partage par souche, elle devait donc déclarer que le partage se ferait par tête, ce qui n'exclut pas le legs universel (2).

(1) Poitiers, 3 avril 1818 (Dalloz, n° 144).
(2) Gand, 9 mars 1861 (*Pasicrisie*, 1861, 2, 136).

431. La substitution vulgaire donne lieu aux mêmes difficultés que toutes les dispositions qui ont quelque ressemblance avec la substitution fidéicommissaire. Elle est valable; de là on a conclu que toute disposition qui pouvait être interprétée comme substitution vulgaire devait être maintenue. Nous reviendrons sur ce point en traitant de l'interprétation des substitutions. Ce n'est pas à dire qu'il suffise de donner à une disposition le nom et les apparences d'une substitution vulgaire pour la valider, c'est la nature de la disposition qui décide de sa validité ou de sa nullité, ce n'est pas la forme que les parties lui donnent pour éluder la prohibition de la loi. Il y a un caractère essentiel sans lequel il ne saurait y avoir de substitution vulgaire; il faut que l'institué vienne à décéder avant d'avoir recueilli le legs; s'il recueille le legs et si à son décès il le transmet à un substitué, il y a deux libéralités faites dans un ordre successif, et partant substitution fidéicommissaire. Un testateur institue une femme mariée légataire universelle; il ajoute d'abord cette clause que dans le cas où la légataire viendrait à décéder avant son mari, il veut que le legs *retourne* à ses quatre enfants; sous le nom de *retour*, cette disposition contient une véritable substitution prohibée, puisque le legs ne peut retourner aux enfants qu'après avoir été recueilli par la mère; il y a donc deux gratifiés, et ils le sont dans un ordre successif. Puis le testateur prévoit le cas où un, deux ou trois des enfants de la légataire viendraient à décéder avant ou *après* leur mère; il veut, dans ce cas, que la totalité de ses biens appartienne à l'enfant ou aux enfants qui existeront au décès de leur mère. Cette seconde disposition, dit la cour de Paris, se rattache à la première, elle implique que la nièce a recueilli le legs et, par conséquent, qu'elle transmet les biens à ses enfants. Sur le pourvoi, il a été jugé que la cour avait fait une juste interprétation du testament en décidant qu'il en résultait une substitution fidéicommissaire (1).

Dans une autre espèce, il se présentait quelque doute;

(1) Rejet, 15 janvier 1812 (Dalloz, au mot *Substitution*, n° 106).

la chambre des requêtes admit le pourvoi et la chambre civile jugea comme avait fait la cour d'appel. La disposition litigieuse était ainsi conçue : une testatrice déclare qu'elle institue pour héritières universelles ses deux sœurs; l'une des deux venant à décéder, la testatrice veut que l'entière hérédité passe sur la tête de la survivante, auquel cas elle institue celle-ci pour son héritière générale. On soutenait qu'il y avait substitution vulgaire. Il y aurait eu substitution vulgaire si l'acte avait dit qu'au cas où l'une des sœurs prédécéderait à la testatrice, l'autre était appelée à l'hérédité; mais le testament ne faisait pas cette restriction; il comprenait donc aussi le cas où l'une des légataires décéderait après avoir recueilli; ce qui impliquait deux libéralités avec ordre successif, donc une substitution fidéicommissaire. On essaya encore de valider la disposition comme un legs conditionnel, fait pour le cas où la prémourante laisserait dans sa succession une partie des biens provenant de la testatrice, ce qui eût été un fidéicommis *de residuo*, lequel est admis comme valable par la doctrine et la jurisprudence. Mais les termes du testament que nous avons transcrit prouvent que la survivante des deux sœurs était appelée à l'hérédité pour *tous* les cas et à la *totalité* de l'hérédité. De fait, les deux sœurs survécurent à la testatrice et recueillirent l'institution; les biens devinrent donc leur propriété définitive. La moitié qui échut à l'une des légataires ne pouvait passer à l'autre qu'à titre de substitution. Vainement invoquait-on le droit d'accroissement; l'article 1044 suppose que l'un des légataires conjoints prédécède à l'autre, que le legs devient caduc; il ne peut donc plus s'agir d'accroissement lorsque le legs a produit son effet (1).

II. *Des dispositions conjonctives.*

432. Nous avons dit que les libéralités conjonctives ne contiennent pas de substitution fidéicommissaire parce qu'il n'y a point d'ordre successif. La cour de cassation

(1) Rejet, de la chambre civile, du 26 décembre 1836 (Dalloz, au mot *Substitution*, n° 218).

l'a jugé ainsi dans une espèce où l'on soutenait qu'il y avait substitution prohibée. Le testateur avait légué une maison à son neveu pour en jouir lui et ses enfants mâles en toute propriété. Il a été jugé que les enfants étaient institués conjointement avec leur père, ce qui excluait la substitution(1). Quand même le testateur dirait qu'il institue son neveu et le fils aîné de son neveu, il n'y aurait pas de substitution, car le fils aîné recueillerait non pas comme substitué, mais comme institué.

433. Il y a des legs conjonctifs qui peuvent être interprétés comme substitutions fidéicommissaires; cependant les tribunaux, les maintiennent quand il est possible de les expliquer soit en vertu du droit d'accroissement, soit en vertu de l'article 898. La jurisprudence se montre facile et indulgente dans l'interprétation des actes de dernière volonté; nous apprécierons plus loin ce système qui, à notre avis, dépasse la loi et la viole. Un legs est fait à trois individus conjointement *et au survivant des trois*. Que veulent dire ces derniers mots? La clause est générale et comprend, par conséquent, tous les cas de survie et de prédécès; elle ne distingue pas si les légataires décèdent avant le testateur et avant d'avoir recueilli, ou s'ils décèdent après le testateur, alors qu'ils ont recueilli; dans cette dernière hypothèse, il y a des libéralités successives et partant substitution. La cour de Besançon a écarté cette interprétation : c'est un legs fait conjointement, dit-elle, avec droit d'accroissement au profit des colégataires, en cas de prédécès de l'un d'eux avant le testateur. Si l'on interprète ainsi les mots *et au survivant des trois*, cette clause devient inutile; la cour répond que c'est une explication. L'explication même est inutile et elle est peu claire, ce qui prouve que le testateur ne voulait pas expliquer l'effet de l'accroissement. On peut encore, dit la cour, voir dans la clause litigieuse une substitution vulgaire établie pour le cas où deux des légataires viendraient à mourir avant lui. C'est une interprétation tout aussi forcée que celle du droit d'accroissement. Sans

(1) Rejet, 17 novembre 1818 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 311).

doute, on ne doit pas interpréter les testaments de manière à les rendre nuls; mais aussi on ne doit pas maintenir des dispositions que la loi prohibe pour des motifs d'ordre public (1).

La cour de Riom, présidée par Grenier, a jugé, comme la cour de Besançon, que la donation faite à deux personnes conjointement, avec clause qu'en cas de prédécès de l'un des donataires le don passera en totalité au survivant, ne constitue pas une substitution prohibée (2). A notre avis, il faut appliquer et, à plus forte raison, à la donation conjonctive ce que nous venons de dire du legs conjonctif.

Ce que les disposants avaient dit implicitement dans les libéralités conjonctives, maintenues par les cours de Besançon et de Riom, d'autres l'ont déclaré expressément, et leurs testaments ont été annulés; ce qui ne témoigne pas pour la jurisprudence, car il suffit de déguiser sa pensée et de la rendre douteuse pour que la disposition soit maintenue. Un père institue ses enfants mâles, deux fils, pour ses héritiers généraux et universels, avec cette clause que son entière hérédité sera recueillie par le second après la mort du premier. Ce n'est pas une substitution vulgaire, dit la cour de Pau, puisque le second fils est appelé, non au cas où le premier prédécède à son père, mais après la mort de son frère, donc après que celui-ci a recueilli. Ce n'est pas davantage une disposition d'usufruit au profit du premier et une disposition de nue propriété au profit du second, car les deux frères étaient appelés conjointement à l'hérédité, donc l'un et l'autre à la toute propriété des biens. Le premier fils devenait propriétaire de la part qu'il recueillait dans la succession de son père; puis, à sa mort, ces biens passaient à son frère; il y avait donc deux libéralités, avec ordre successif, avec obligation de conserver et de rendre : ce qui caractérise une substitution fidéicommissaire. On prétendait qu'il y avait legs conjonctif avec accroissement; nous

(1) Besançon, 29 mars 1811 (Dalloz, au mot *Substitution*, n° 217).
(2) Riom, 25 février 1825 (Dalloz, au mot *Substitution*, n° 199).

avons déjà répondu (n° 131) que l'accroissement suppose le prédécès de l'un des colégataires et la caducité du legs; tandis que, dans l'espèce, le prétendu accroissement ne se faisait qu'après que le légataire conjoint avait recueilli (1).

Le testateur dit : Je lègue ma ferme à Marie et à sa nièce; je leur fais le présent abandon pour en jouir ensemble et hériter l'une de l'autre. On attaqua le testament; la substitution était patente : pour que l'une des légataires pût hériter de l'autre, il fallait que la prémourante eût recueilli; or, si elle avait recueilli, elle devait conserver pour rendre à sa colégataire. Pour échapper à la nullité du legs, les légataires disaient que le défunt leur avait seulement légué une *jouissance* commune et que la propriété était donnée conditionnellement à la survivante. La cour d'Orléans ne prit pas même la peine de répondre à une pareille argumentation, et elle avait raison (2).

434. On a soutenu qu'il y avait aussi substitution fidéicommissaire dans la disposition suivante, le testateur institue pour ses héritiers universels les enfants de son neveu et de sa nièce : « Sous le nom d'enfants, dit-il, je comprends les enfants à naître, quoiqu'ils ne soient pas encore conçus au temps de mon décès. Je veux que le partage se fasse lorsque le plus jeune de ces enfants nés et à naître aura atteint sa majorité, de manière que les droits et les parts de chacun dans la propriété et les revenus ne seront définitivement fixés qu'à cette époque. » Une disposition au profit des enfants à naître était valable, d'après notre ancien droit (3). Aujourd'hui elle est nulle (art. 906); mais est-elle nulle comme faite à des incapables, ou comme renfermant une substitution prohibée? La différence est grande; si c'est une substitution, toute la disposition sera nulle, de sorte que les enfants nés au décès du testateur n'en profiteront point. Si la disposition est nulle à raison de l'incapacité des légataires,

(1) Pau, 15 mars 1826 (Dalloz, au mot *Substitution*, n° 113).
(2) Orléans, 18 février 1829 (Dalloz, au mot *Substitution*, n° 113).
(3) Bruxelles, 8 mai 1827 (*Pasicrisie*, 1827, p. 85).

les incapables n'en profiteront pas, ce qui n'empêchera pas les légataires capables de recueillir le bénéfice de l'institution. Les cours de Belgique ont toujours décidé qu'il n'y avait pas de substitution. A notre avis, la question n'est pas même douteuse. Il n'y a pas d'ordre successif dans une disposition pareille; les enfants à naître sont appelés au même titre que les enfants nés, les uns et les autres tiennent leur droit du testateur sans intermédiaire aucun. On ne peut pas dire que les enfants nés à la mort du testateur sont tenus de conserver les biens pour les rendre aux enfants à naître. Le testateur, dans l'espèce jugée par la cour de Bruxelles, répondait d'avance à l'objection en disant que, pendant le temps qui s'écoulerait entre son décès et la majorité du dernier né de ses petits-neveux, la propriété serait en suspens, les *droits* de tous les institués ne devant être réglés définitivement qu'à l'époque fixée pour le partage (1). Nous n'insistons pas, parce que la question ne peut plus se présenter, les testateurs sachant que, sous l'empire du code civil, il ne leur est pas permis de disposer au profit d'enfants à naître.

III. *Des dispositions conditionnelles.*

1. DES SUBSTITUTIONS CONDITIONNELLES.

435. Les dispositions conditionnelles, dans leur rapport avec les substitutions, donnent lieu à de grandes difficultés. Un premier point est certain, c'est que la disposition qui renferme une substitution fidéicommissaire est nulle alors même qu'elle est conditionnelle, c'est-à-dire quand la charge de conserver et de rendre est imposée sous condition. J'institue Paul mon héritier universel, et s'il meurt sans enfants, je le charge de rendre ma succession à Pierre. Voilà une substitution conditionnelle dans toute sa simplicité. Il y a substitution, puisque Paul,

(1) Bruxelles, 23 mai 1822 (*Pasicrisie*, 1822, p. 150). Comparez Liége, 18 novembre 1828 (*Pasicrisie*, 1828, p. 329).



institué en premier lieu, doit conserver les biens et les rendre, à sa mort, à Paul. Mais la charge de conserver et de rendre n'est pas pure et simple; Paul ne doit rendre les biens à Pierre que s'il meurt sans enfants. La substitution est donc conditionnelle. De ce qu'elle est conditionnelle doit-on conclure qu'elle ne tombe pas sous l'application de l'article 896? La prohibition des substitutions est générale et absolue; la loi ne distingue pas si elles sont pures et simples ou conditionnelles. Et il n'y avait pas lieu de distinguer, la substitution conditionnelle présente les mêmes inconvénients que la substitution pure et simple; si la loi prohibe l'une, elle doit aussi prohiber l'autre (1).

La jurisprudence applique ce principe à tous les cas où l'institué doit rendre les biens, dans une éventualité quelconque, alors même que la disposition ne parlerait pas de la charge de conserver et de rendre. Dans les substitutions moins que dans toute autre disposition, on doit s'en tenir à l'écorce de l'acte, parce que la forme a d'ordinaire pour but de cacher la vraie pensée du disposant. Il a été jugé qu'il y a substitution lorsqu'un père lègue le disponible à son fils avec cette clause, que dans le cas où le légataire viendrait à mourir avant sa majorité, les biens seraient dévolus à un tiers. Même décision, s'il est dit que le testateur entend qu'un tiers recueille sa succession dans le cas où le légataire universel viendrait à mourir avant son mariage. Le testateur ne se servait pas des mots qui caractérisent la substitution; il n'était question ni d'institué, ni de substitué, ni de charge de conserver et de rendre; mais la charge de conserver et de rendre résultait virtuellement de la disposition; seulement elle était conditionnelle (2).

Une décision analogue de la cour de Toulouse a été

(1) Toullier, t. III, 1, p. 237, nos 36 et 37. Duranton, t. VIII, p. 93, no 87. Rolland de Villargues, p. 404, no 270. Il y a un décret, en ce sens, du 31 octobre 1810 (Dalloz, au mot *Substitution*, no 124). La cour de cassation pose le même principe. Rejet, 28 juin 1812 (Dalloz, au mot *Substitution*, no 155), et 31 mai 1865 (Dalloz, 1865, 1, 438).

(2) Paris, 7 thermidor an XII et 30 août 1820 (Dalloz, au mot *Substitution*, no 141, 1o et 2o).

déférée à la cour de cassation et confirmée par un arrêt de rejet. Le testateur avait légué tous ses biens au fils de sa fille de service, sans doute un enfant naturel non reconnu. Prévoyant que l'enfant pourrait venir à mourir en minorité et ne voulant pas que les biens fussent recueillis par la mère du légataire universel, il disposa que, dans cette éventualité, les biens seraient partagés entre ses neveux et nièces. Y avait-il substitution? Le tribunal de première instance se prononça pour la validité de la disposition, en la considérant comme un legs conditionnel fait aux neveux du testateur. Ici se manifeste déjà la difficulté que nous avons signalée. La cour de Toulouse décida qu'il y avait substitution conditionnelle. Il s'agissait de savoir si l'enfant institué en premier lieu était appelé à recueillir les biens et si les biens par lui recueillis devaient passer aux neveux du testateur, dans le cas où le légataire universel décéderait mineur. Or, les clauses du testament prouvaient à l'évidence, le mot est de la cour de cassation, que la volonté du testateur était que le premier héritier institué fût saisi, à son décès, de la propriété des biens à lui légués avec charge de les rendre, en cas de mort avant sa majorité, aux neveux et nièces du défunt. Nous laissons de côté ces détails; c'est un point de fait. Notons seulement une remarque très-juste de la cour de Toulouse : s'il suffisait, dit-elle, d'ajouter une condition à la substitution pour la rendre valable à titre de legs conditionnel, les substitutions échapperaient toujours à la prohibition de la loi, puisqu'il suffirait de dire, par exemple, que si l'institué venait à décéder avant sa centième année, les biens passeraient à d'autres légataires; cette condition se réalisant toujours, ou presque toujours, la substitution produirait toujours son effet sous couleur d'un legs conditionnel(1). A vrai dire, il y a des différences essentielles entre un legs conditionnel et une substitution conditionnelle; nous les signalerons plus loin. Dans l'espèce, la substitution conditionnelle avait cette consé-

(1) Rejet, 22 novembre 1842 (Dalloz, au mot *Substitution*, n° 141, 3°). Comparez Limoges, 6 juin 1848 (Dalloz, 1849, 2, 144).



quence que les biens étaient d'abord recueillis par le premier héritier institué, puis, à sa mort, par les substitués, la condition se réalisant. Tandis que, s'il y avait eu legs conditionnel, le premier institué n'aurait rien recueilli, les neveux et nièces eussent été seuls légataires dès le principe.

436. Le testateur institue ses deux neveux avec clause que, dans le cas où l'un d'eux mourrait sans enfants, les biens à lui légués reviendraient à l'autre. Y a-t-il substitution? Oui, car il y a deux libéralités, deux gratifiés; chacun des légataires recueille d'abord les choses qui lui ont été léguées, puis il les transmet à l'autre légataire, s'il vient à mourir sans enfants. Il y a donc ordre successif si la condition se réalise, partant substitution conditionnelle. On prétendait qu'il fallait interpréter la disposition comme substitution vulgaire, ou comme legs conditionnel. La cour de Rouen répond qu'il ne saurait être question de substitution vulgaire, puisque chacun des légataires, appelé à une chose différente, commence par recueillir son legs. Il ne peut pas s'agir davantage de legs conditionnel; il faudrait sous-entendre la condition: si l'un des légataires survit à l'autre, il recueillera le tout. Or, l'on ne peut pas créer de conditions pour faire valoir un legs comme conditionnel. Il y a une condition dans l'espèce, elle affecte la substitution, donc c'est une substitution conditionnelle et non un legs conditionnel (1). Il y avait un motif plus péremptoire pour décider que le legs n'était pas conditionnel, c'est que dans un legs conditionnel il ne saurait y avoir qu'un seul gratifié, l'autre libéralité ne produisant aucun effet, soit que la condition suspensive ne s'accomplisse pas, soit que la condition résolutoire se réalise. Or, dans l'espèce, les deux libéralités produisaient leur effet; l'institution était pure et simple, la charge de restitution était conditionnelle.

Cependant une autre cour s'y est trompée. Un testateur lègue à un ami tout ce qu'il laissera à son décès; et au cas, dit-il, où le légataire décéderait sans enfants, tout ce que

(1) Rouen, 24 août 1812 (Dalloz, au mot *Substitution*, n° 155).

je lui donne devra revenir à ma famille. La cour de Dijon décida que cette disposition n'imposait pas la charge positive de conserver et de rendre ; on peut l'entendre comme substitution vulgaire, la famille n'étant appelée que si l'héritier institué venait à décéder avant le testateur. Voilà une de ces interprétations qui, à force de vouloir maintenir le testament, dépassent la loi et la violent. Il n'y a plus lieu d'interpréter, dit la cour de cassation, quand les clauses du testament sont claires, précises et non susceptibles de deux sens. Que dit le testateur? Le legs doit *revenir* à sa famille ; or, pour que le legs *revienne*, il faut que le premier institué l'ait recueilli ; il faut donc que le légataire universel conserve les biens légués, sinon ils ne pourraient pas *revenir* à la famille du disposant. Ainsi la charge de conserver et de rendre était écrite en toutes lettres dans le testament. Et quand il y a substitution fidéicommissaire formelle, il ne faut pas imaginer une interprétation pour faire valoir une disposition que la loi réprouve (1).

437. La même question s'est présentée devant la cour de cassation, mais dans des circonstances un peu différentes qui donnaient lieu à de nouvelles difficultés ; preuve qu'en cette matière il faut invoquer les précédents avec une grande réserve. Une testatrice institue pour son légataire universel son neveu, sous la condition que dans le cas où il ne se marierait pas et décéderait sans enfants légitimes, les biens légués reviendraient à son frère puîné ou à ses enfants. Cette première disposition renfermait une substitution : les mots *reviendront après lui*, dit la cour d'Agen, supposent nécessairement que les biens sont d'abord allés au premier institué, ont été recueillis par lui, ont fait impression sur sa tête avant de revenir à un autre, et ne doivent être restitués qu'au décès, ce qui implique l'obligation de les conserver et de les rendre à sa mort.

La testatrice ajoutait qu'elle laissait son héritier entièrement libre de prendre avec son frère, de leur vivant,

(1) Cassation, 8 février 1854 (Dalloz, 1854, 1, 59).

des arrangements qui pourraient mutuellement leur convenir, de manière toutefois que ses volontés fussent fidèlement exécutées par l'un ou par l'autre des deux frères; la testatrice tenait surtout à ce que sa terre de Xaintrailles demeurât à l'un de ses neveux, lequel en prendrait le nom pour l'ajouter au sien. C'est sur cette clause que le pourvoi insistait pour en conclure que l'héritier institué étant libre de disposer des biens, on ne pouvait pas dire qu'il fût chargé de conserver; la substitution était donc une de celles que l'on appelle *de eo quod supererit*, et il est de jurisprudence que cette substitution ne tombe pas sous la prohibition de l'article 896. La cour de cassation répond qu'autre chose est le droit de disposer librement des choses comprises dans une substitution, ce qui constitue le fidéicommis *de residuo*; autre chose la faculté de prendre des arrangements avec le substitué, ce qui implique la nécessité du consentement de celui-ci; et même avec ce consentement, les deux frères devaient exécuter fidèlement les volontés de la testatrice; et quelles étaient ces volontés? La volonté de substituer, bien clairement écrite dans le testament.

Le pourvoi soutenait encore que la disposition litigieuse était, non une substitution prohibée, mais une institution sous condition résolutoire autorisée par la loi. Sur ce point, la cour de cassation distingue : elle admet la validité d'une disposition faite sous condition résolutoire lorsqu'elle doit se réaliser dans un délai déterminé et du vivant de l'institué; elle la rejette comme entachée de substitution, lorsque la condition est de telle nature qu'elle ne peut se réaliser qu'au décès de l'institué : telle est la condition de mourir sans enfants. Nous reviendrons sur cette distinction. A notre avis, la cour devait se borner à constater qu'il y avait substitution fidéicommissaire sous condition et décider, comme elle le fait du reste, que l'article 896 prohibe la substitution conditionnelle, aussi bien que la substitution pure et simple (1).

438. Le pourvoi présentait encore un autre moyen de

(1) Rejet, 31 mai 1865 (Dalloz, 1865, 1, 438).

cassation ; il soutenait qu'il n'y avait pas de substitution en ce qui concernait la fortune mobilière de la testatrice. En effet, la testatrice n'en ayant pas ordonné l'emploi et n'ayant prescrit aucune mesure pour en assurer la conservation, il en résultait que l'héritier institué en pouvait disposer en toute liberté, ce qui excluait la charge de conserver et, par suite, la substitution prohibée par l'article 896. La cour de cassation écarta ce moyen par une fin de non-recevoir. Elle dit qu'il est inutile d'examiner si, à défaut d'emploi prescrit pour en assurer la représentation au décès du grevé, la substitution échappe aux prohibitions de la loi, parce que, dans l'espèce, la substitution comprenait dans une seule et même disposition tous les biens de la testatrice ; il était impossible de la scinder, en la maintenant pour les valeurs mobilières, en l'annulant pour les valeurs immobilières. Ce serait, dit l'arrêt, violer la volonté de la testatrice. Cette raison nous touche peu ; il s'agit de savoir ce que la testatrice avait le droit de vouloir ; si l'on admet qu'elle pouvait disposer de ses valeurs mobilières avec charge de substitution, tandis qu'elle n'avait pas ce droit pour les immeubles, il fallait faire la distinction proposée par le pourvoi. La question est donc une question de droit, et non de volonté. La cour ajoute, en effet, que l'article 896 ne permet pas de distinguer, qu'il annule pour le tout la disposition faite avec charge de conserver et de rendre ; donc quand il y a disposition de tous les biens avec charge de conserver et de rendre, toute la disposition doit être annulée. Cet argument-là, nous l'admettons : la substitution est générale, donc la nullité doit être générale.

La question que la cour a refusé d'examiner s'est présentée dans l'espèce suivante. Après avoir institué pour ses héritiers universels deux enfants naturels non reconnus par le père, le testateur faisait un legs de 20,000 fr. à son frère et un legs de 20,000 francs à sa sœur, « dans le cas seulement où ses deux héritiers viendraient à mourir tous les deux sans enfants avant d'avoir atteint l'âge de trente ans. » Les héritiers légitimes attaquèrent le testament comme contenant une substitution prohibée. Il a

été jugé que la substitution implique une chose déterminée que l'institué doit rendre identiquement au substitué; or, dans l'espèce, les héritiers institués ne devaient rien conserver des biens qui leur étaient légués, ils pouvaient librement disposer de toute l'hérédité, les légataires particuliers n'ayant qu'une créance conditionnelle contre les successeurs du défunt (1). C'est l'application des principes que nous avons enseignés plus haut (nos 408 et 409).

439. Il reste une difficulté dans cette matière si difficile. La substitution fidéicommissaire est faite sous une condition qui défaillit du vivant du testateur. Y aura-t-il néanmoins nullité de l'institution? Cette question concerne l'effet de la disposition faite avec charge de conserver et de rendre; nous l'examinerons plus loin.

2. DES LEGS CONDITIONNELS.

440. Que les legs puissent être faits sous condition, cela n'est pas douteux. L'article 1040 prévoit le cas d'un legs fait sous condition suspensive. Le code ne parle pas de la condition résolutoire attachée à un legs, sans doute parce qu'il était inutile d'en parler, la loi ne s'occupant des legs conditionnels que sous le rapport de leur caducité; or, quand la condition résolutoire s'accomplit, il allait sans dire que le legs est caduc, puisque l'effet de la condition résolutoire est d'anéantir le legs comme s'il n'avait jamais existé. Au point de vue des principes, d'ailleurs, il n'y a aucun doute. La condition résolutoire n'est autre chose qu'une condition qui suspend la résolution d'un fait juridique. Si donc un legs peut être fait sous condition suspensive, la condition pourra y être attachée, soit pour en suspendre l'existence, soit pour en suspendre la résolution (2).

Le silence de la loi a donné lieu à une difficulté. Faut-il appliquer aux conditions que le testateur attache au legs les principes qui régissent les conditions dans les

(1) Nîmes, 18 janvier 1858 (Dalloz, 1858, 2, 155).
(2) Voyez, sur les conditions du legs, le tome XIII de mes *Principes*, p. 587, nos 533-545).

contrats? La question est de savoir si la condition rétroagit dans les legs comme elle rétroagit dans les obligations conventionnelles. L'affirmative est généralement admise, et nous n'y voyons aucun doute(1). Il n'y a pas deux espèces de conditions, les unes établies dans les obligations, les autres établies dans les legs. La condition est une, c'est un seul et même mode qui suspend l'existence ou la résolution d'un fait juridique; peu importe quel est ce fait, que ce soit un legs ou un contrat, cela ne change rien à la nature ni aux effets de la condition. Le code apporte une exception à ce principe, mais l'exception confirme la règle. Quand il s'agit d'une obligation conditionnelle, la condition peut encore s'accomplir après la mort du créancier (art. 1180), parce que nous stipulons pour nous et pour nos héritiers. Il n'en est pas de même dans les legs, ils deviennent caducs lorsque le légataire meurt avant l'accomplissement de la condition (art. 1040), parce que le legs s'adresse au légataire et non aux héritiers. Sauf cette exception, les règles que le code établit, au titre des *Obligations,* sur les conditions reçoivent leur application aux legs. Il est vrai que la loi ne le dit pas; mais il y a un argument d'analogie que l'on ne peut récuser; il y a plus que raison d'analogie, il y a identité du fait juridique, comme nous venons de le dire. La condition rétroagit dans les contrats, pourquoi ne rétroagirait-elle pas dans les legs? Il faut donc admettre que si la condition suspend l'existence du legs et si elle s'accomplit, la condition rétroagit, en ce sens que le légataire est propriétaire de la chose à partir de l'ouverture du testament, ce qui n'est pas contesté et ne saurait l'être; car si l'on décidait qu'il ne devient propriétaire qu'à partir de l'accomplissement de la condition, l'héritier débiteur du legs serait propriétaire; le légataire tiendrait donc la propriété de la chose de l'héritier et non du testateur, ce qui est

(1) En sens contraire, Coin-Delisle, p. 42, nos 19 et 20 de l'article 896. Les auteurs qu'il cite ne disent pas ce qu'il leur fait dire. Cujas, Pothier, Ricard ne disent autre chose que ce qui est écrit dans l'article 1040. Et Toullier dit que la controverse contient un malentendu (t. III, 1, p. 60, n° 93, et la note 2). Comparez Demolombe, t. XVIII, p. 101, n° 96).

absurde. De même si le legs est fait sous condition résolutoire, la condition, quand elle s'accomplit, rétroagit en ce sens que le legs est censé n'avoir jamais existé; ce qui est très-juridique. La condition résolutoire suspend la résolution du legs; si elle se réalise, elle efface la libéralité.

a) Condition suspensive.

441. Quelle différence y a-t-il entre un legs conditionnel et la substitution fidéicommissaire? On peut répondre en un mot que dans le legs conditionnel il n'y a point d'ordre successif; il n'y a, en réalité, qu'une seule libéralité (1). C'est ce que nous allons démontrer en commençant par la condition suspensive. Nous empruntons nos exemples à la jurisprudence.

Une donation est faite sous la condition de survie des donataires; le donateur ajoute qu'en cas de prédécès des donataires, leurs enfants et descendants seront appelés à la libéralité par souche et par représentation; et qu'en cas de prédécès d'un ou de plusieurs des donataires, les survivants en profiteront; que si tous les donataires et leurs descendants prédécèdent au donateur, la donation sera considérée comme non avenue. Cette donation fut attaquée comme contenant une substitution prohibée. La cour de cassation de Belgique décida que la donation était faite sous condition suspensive et n'impliquait aucun ordre successif. En effet, les donataires appelés en premier lieu n'étaient gratifiés que sous la condition de leur survie; s'ils prédécédaient, la condition faisant défaut, il n'y avait pas donation à leur égard. Leurs descendants étaient appelés dans cette hypothèse, mais ils n'étaient pas appelés comme substitués fidéicommissaires, ils étaient appelés comme substitués vulgaires, c'est-à-dire qu'ils tenaient leur libéralité du donateur directement, sans l'intermédiaire des donataires prédécédés; ceux-ci n'ayant jamais eu de droit n'en pouvaient transmettre aucun;

(1) Duranton, t. VIII, p. 79, n° 79.

donc il n'y avait aucune transmission d'un donataire à l'autre, pas d'ordre successif, partant pas de substitution (1).

Il en est de même du legs fait avec la condition suspensive que la légataire se mariera et aura des enfants. Dans l'espèce, il était dit que si la condition s'accomplissait, la légataire serait gratifiée de l'usufruit de la chose donnée, et les enfants, de la propriété. On concluait de là qu'il y avait deux gratifiés avec ordre successif, d'abord la mère, puis les enfants. L'erreur était palpable. En effet, la mère n'était qu'usufruitière, elle ne pouvait donc être grevée de la charge de conserver et de rendre. Les enfants étaient gratifiés comme elle, au même titre, leur droit s'ouvrait au même moment. Seulement les enfants auraient dû exister au moment où le legs s'ouvrait en leur faveur; n'existant pas, ils ne pouvaient venir au legs, ce qui implique que les légataires conditionnels doivent exister au décès du testateur, aussi bien que les légataires purs et simples (2). Dans la substitution fidéicommissaire, en la supposant permise, les enfants à naître peuvent être appelés; ce qui établit une différence importante entre le legs conditionnel et la substitution.

442. Dans l'espèce, il y avait legs conditionnel de l'usufruit au profit de la mère et legs conditionnel de la nue propriété au profit des enfants, ce qui faisait rentrer la disposition sous l'application de l'article 899; la disposition eût été valable pour le tout si les enfants avaient été conçus lors de l'ouverture du testament. Il y a plus de doute dans l'espèce suivante. Le testateur fait à un mineur divers legs dont il attribue la jouissance à deux légataires, jusqu'à ce que le mineur ait atteint l'âge de vingt-cinq ans; remise des biens légués ne devait être faite au mineur qu'à cette époque. Par un codicille, le testateur explique sa pensée et déclare que les legs par lui faits audit mineur ne seraient valables que si le mineur, lui survivant, atteignait l'âge de vingt-cinq ans, que jus-

(1) Rejet, 27 mars 1833 (*Pasicrisie*, 1833, 1, 66).
(2) Paris, 23 juin 1825 (Dalloz, au mot *Substitution*, n° 163, 2°).

que-là ils seraient purement conditionnels. Prévoyant le cas où le mineur décéderait avant d'être parvenu à l'âge de vingt-cinq ans, le testateur dispose que, dans cette hypothèse, les legs à lui faits *reviendraient, à titre d'accroissement,* à des personnes appelées pour moitié à la nue propriété d'un domaine dont le mineur était colégataire. Etait-ce une substitution? Le terme de *revenir* pouvait le faire croire; on pouvait dire aussi qu'il y avait *accroissement,* comme le disait le testateur lui-même; mais tous ces doutes disparaissaient devant la déclaration formelle portant que les legs faits au mineur étaient conditionnels. De là résultait à l'évidence, c'est le mot de la cour de Paris, que l'effet des legs était suspendu jusqu'à l'événement de la condition et que, la condition venant à défaillir, le légataire serait censé n'avoir jamais eu aucun droit. Il n'était donc plus gratifié dans cette éventualité; partant il n'y avait de gratifiés que ceux qui étaient appelés à recueillir les biens légués au mineur sous condition. En définitive, il y avait deux legs conditionnels. Que devenait, objectait-on, la propriété? Peut-elle rester ainsi en suspens et comme en l'air? Nous avons déjà rencontré l'objection, et nous avons répondu que la propriété restait à l'héritier saisi. La cour de Paris fait la même réponse (1).

La cour de cassation a décidé qu'il y avait substitution dans une espèce qui paraît avoir une grande analogie avec celle-ci et qui en diffère néanmoins du tout au tout. Un testateur institue Pierre, mineur, pour son légataire universel; il prescrit l'emploi de ses biens en acquisition d'une maison d'habitation pour le mineur et sa mère et en biens-fonds au nom de l'héritier, pour le revenu être affecté à son entretien. Pour le cas où le mineur décéderait avant sa majorité, le testateur dispose de la maison au profit des frères de la doctrine chrétienne et du surplus de ses biens au profit de trois personnes qu'il désigne. La cour de Pau jugea qu'il y avait substitution prohibée;

(1) Paris, 13 mai 1870 (Dalloz, 1870, 5, 369), et Rejet, 8 avril 1872 (Dalloz, 1872, 1, 69).

sa décision fut confirmée par un arrêt de rejet. Quelle différence y a-t-il entre cette espèce et la précédente? Dans l'un et l'autre cas, un legs est fait à un mineur à sa majorité, ou à vingt-cinq ans, ce qui revient au même; et si le mineur prédécède, les biens sont donnés à d'autres personnes. Pourquoi, dans un cas, y a-t-il legs conditionnel et, dans un autre, substitution? C'est que, dans la première hypothèse, le mineur était appelé sous une condition suspensive qui, en défaillissant, effaçait son legs comme s'il n'avait jamais existé. Dans la seconde hypothèse, au contraire, le mineur était appelé purement et simplement, il recueillait les biens légués, on en faisait emploi à son profit, les revenus étaient consacrés à son entretien; à sa mort donc les biens passaient à de nouveaux légataires, qui les recueillaient après le premier; celui-ci était donc l'institué chargé de conserver et de rendre la propriété, partant il y avait ordre successif et substitution (1).

b) Condition résolutoire.

443. Quand un legs est fait sous condition résolutoire et que la condition se réalise, le legs est censé n'avoir jamais existé, puisque la condition accomplie a un effet rétroactif; dès lors, ceux qui recueillent les biens qui avaient été légués sous condition résolutoire les reçoivent toujours du disposant, sans l'intermédiaire d'un premier institué, directement, sans qu'il y ait cette voie oblique que les interprètes ont toujours considérée comme un des caractères essentiels de la substitution. La conséquence est qu'il n'y a pas deux libéralités, il n'y en a qu'une, donc pas d'ordre successif, partant pas de substitution.

Une femme institue son mari pour son héritier avec cette clause : « Dans le cas où mon mari convolerait en secondes noces, il sera tenu de rendre la moitié de ce dont il a été institué et qui sera distribué aux pauvres ». Les héritiers légitimes demandent la nullité du testament

(1) Rejet, 8 février 1869 (Dalloz, 1871, 1, 176). Comparez Bruxelles, 20 décembre 1870 (*Pasicrisie*, 1873, 2, 65).

comme renfermant une substitution prohibée. Il est jugé par le tribunal de première instance qu'il y a substitution. Le jugement est réformé par la cour de Colmar. La substitution, dit l'arrêt, n'existe que lorsqu'il résulte de la disposition un ordre successif suivant lequel l'appelé doit recueillir l'objet légué après le décès du grevé. Il n'en est pas ainsi dans les dispositions conditionnelles, alors surtout que la condition de laquelle on prétend la faire résulter ne peut arriver que par le fait et du vivant du grevé; la condition prend alors le caractère d'une condition résolutoire dont l'événement efface le trait de temps et a pour effet de résoudre la libéralité comme si elle n'avait pas été faite. Dans l'espèce, la condition était résolutoire et, par conséquent, exclusive de toute idée de substitution, laquelle suppose l'exécution successive de deux libéralités au profit de deux individus qui recueillent et conservent, mais l'un après l'autre, le bénéfice de la libéralité; au lieu que, dans le cas de résolution, le second appelé prend la place du premier, pour lequel la libéralité est censée n'avoir jamais existé (1).

444. Dans l'espèce jugée par la cour de Colmar, la condition résolutoire devait se réaliser du vivant du grevé. La cour relève cette circonstance sans cependant en faire un motif décisif. Lorsque la condition ne se réalise qu'à la mort de l'institué, on admet assez généralement que la disposition conditionnelle est une substitution fidéicommissaire et nulle comme telle. Nous maintenons, même dans cette hypothèse, la validité de la disposition faite sous condition résolutoire. Qu'importe à quelle époque la condition s'accomplisse, l'effet est toujours le même, c'est d'anéantir le legs comme s'il n'avait jamais existé; et le legs étant anéanti rétroactivement, il ne reste qu'une seule libéralité. On objecte que la disposition conditionnelle se confond, dans ce cas, avec la substitution, laquelle contient aussi une condition, et cette condition se réalise également à la mort de l'institué (2). C'est confondre, nous

(1) Colmar, 8 août 1819 (Dalloz, au mot *Substitution*, n° 116, 1°).
(2) Toullier, t. III, 1, p. 34. Coin-Delisle, p. 42, n° 18 de l'article 896 Demolombe, t. XVIII, p. 137, n° 120.

semble-t-il, la condition de survie, qui se trouve dans toute disposition testamentaire, avec la condition résolutoire, qui anéantit le legs. Dans la substitution, comme dans tout legs, le substitué doit exister au moment où son droit s'ouvre, c'est-à-dire à la mort de l'institué. Résulte-t-il de là que si la condition se réalise, si le substitué survit, la libéralité faite à l'institué est résolue, en ce sens qu'elle est censée n'avoir jamais existé? Non, certes. M. Demolombe établit très-bien qu'il n'y a pas de résolution (1); nous y reviendrons en traitant des substitutions permises. Comment y aurait-il résolution alors qu'il est de l'essence de la substitution qu'il y ait deux libéralités? et il n'y en aurait qu'une si l'institution était résolue rétroactivement. Et s'il n'y avait plus d'institution, pourrait-il y avoir une substitution?

En droit, il y a donc une différence incontestable entre la substitution et la disposition faite sous condition résolutoire, quand même la condition doit s'accomplir à la mort du légataire. Ce que l'on objecte contre cette doctrine est très-faible. On prétend que nous faisons une pétition de principe en disant que la condition rétroagit dans les legs, alors que la question est de savoir s'il y a un legs. Nous pourrions rétorquer le reproche et dire que l'opinion contraire implique une pétition de principe, en ce sens que l'on nie qu'il y ait un legs conditionnel alors que la condition ne doit se réaliser qu'à la mort du légataire, et qu'il s'agit précisément de savoir si la condition peut s'accomplir à toute époque sans qu'il en résulte que la disposition devienne une substitution. Laissons là ces reproches et pénétrons au fond de la difficulté. La condition résolutoire rétroagit-elle dans les legs en ce sens qu'elle anéantit la libéralité? Telle est la vraie question. M. Demolombe est très-embarrassé de répondre. Après avoir enseigné que la condition rétroagit, il rappelle que la rétroactivité est niée par plusieurs et qu'elle n'est en tous cas pas assez caractérisée pour être un moyen sûr de distinguer le legs conditionnel de la substitution. Et

(1) Demolombe, t. XVIII, p. 97, n° 91.

pourquoi pas? Parce que, dit-on, elle en est plutôt l'un des effets que l'un des éléments constitutifs (1). Eh, qu'importe? Dès que la condition rétroagit, que ce soit un effet, ou un élément constitutif, il n'y a plus de legs, donc plus de double libéralité, partant plus de substitution.

En fait, on dit que le legs sous condition résolutoire a les mêmes inconvénients que la substitution quand la condition ne doit se réaliser qu'à la mort du légataire. Il est vrai que la condition résolutoire rend la propriété incertaine, quelle que soit l'époque à laquelle la condition doive s'accomplir; l'incertitude est plus ou moins grande, selon que le délai se prolonge plus ou moins. Cela n'a pas empêché le législateur d'admettre la condition résolutoire dans les conventions, et il ne la prohibe pas dans les legs. Il n'y a, à cet égard, aucune différence entre les legs et les contrats. Le légataire sous condition résolutoire est propriétaire comme l'acheteur; on ne peut pas dire que la chose léguée soit placée hors du commerce pas plus que la chose achetée; le légataire n'est pas tenu de conserver la chose pas plus que l'acheteur; il peut l'aliéner, seulement si la condition s'accomplit, la vente sera résolue; il en est de même de la vente que ferait l'acheteur sous condition résolutoire. Cette incertitude est sans doute un mal; le législateur aurait pu s'en prévaloir pour interdire la condition résolutoire dans les legs, au moins quand elle ne doit s'accomplir qu'à la mort de l'institué; mais il ne l'a pas fait.

445. La cour de cassation a consacré l'opinion que nous soutenons dans l'arrêt que nous avons rapporté plus haut (n° 422). Une testatrice institue son petit-fils et, dans le cas où il mourrait sans postérité, elle veut qu'il soit réputé n'avoir recueilli qu'en usufruit la moitié de sa succession; dans le même cas, elle lègue cette moitié sous condition suspensive à ses neveux et nièces. De sorte que le petit-fils ne possédera la moitié de la succession que sous condition résolutoire. La cour de cassation a maintenu cette disposition; M. Demolombe soutient qu'elle

(1) Demolombe, t. XVIII, p. 141, n° 120.

renferme une substitution prohibée (1). Selon lui, l'un des éléments les plus essentiels qui caractérisent la substitution, c'est que la condition à laquelle est subordonnée la vocation du second gratifié soit celle de sa survie au premier gratifié; de telle sorte que l'époque éventuelle où le second pourrait recueillir après le premier soit l'époque de la mort de celui-ci. Nous avons répondu d'avance que ce prétendu élément essentiel de la substitution est tout simplement la condition de toute disposition testamentaire; c'est que, pour recueillir une libéralité, il faut vivre au moment où elle s'ouvre. Qu'importe quel est ce moment? On admet généralement que dans les substitutions fidéicommissaires ce moment est la mort de l'institué. Cela même n'est pas de l'essence des substitutions. En traitant des substitutions permises, nous dirons qu'elles peuvent se faire à temps, de manière à s'ouvrir avant la mort de l'institué; il en était de même dans l'ancien droit. Donc cet élément constitutif des substitutions est imaginaire. Ce qui caractérise la substitution, ce n'est pas l'époque de son ouverture, c'est l'existence de deux libéralités comprenant la même chose et dont la seconde s'ouvre après que la première a produit son effet. L'ordre successif a toujours été considéré comme le caractère distinctif des substitutions. Eh bien, ce caractère manque absolument dans le legs fait sous condition résolutoire, puisque la condition, en se réalisant, anéantit le legs et ne laisse plus subsister qu'une seule libéralité.

446. On insiste, et l'on dit que le plus sûr moyen de distinguer la substitution d'avec le legs conditionnel, c'est que la condition sous laquelle le second gratifié est appelé à la libéralité soit celle de sa survie à l'institué. L'argument est singulier; il serait sans doute plus commode pour l'interprète d'avoir une marque certaine qui serve à distinguer le legs conditionnel et la substitution; mais il ne peut pas, pour sa commodité, décider que le legs fait sous condition résolutoire se transforme en substitution lorsque la condition ne doit s'accomplir qu'à la mort

(1) Demolombe, t. XVIII, p. 140, n° 120.

du légataire. Nous comprendrions l'argument s'il y avait impossibilité de distinguer le legs sous condition résolutoire d'avec la substitution, dans le cas où la condition doit se réaliser à la mort du premier gratifié; alors il serait vrai de dire que les deux dispositions se confondent, et que si la loi prohibe l'une, elle prohibe implicitement l'autre. Nous allons voir que la jurisprudence fait la distinction entre le legs conditionnel et la substitution; donc la distinction est possible; si les décisions sont douteuses, cela tient à la dificulté de la matière.

447. Le principe qui sert à distinguer le legs sous condition résolutoire de la substitution est très-simple : l'une des libéralités est-elle anéantie par l'événement de la condition, la disposition sera un legs conditionnel et valable à ce titre : les deux libéralités produisent-elles leur effet, l'une après l'autre, à la mort du premier gratifié, il y a substitution et partant nullité. C'est aux tribunaux à juger, d'après les clauses de l'acte, s'il y a substitution ou non.

Nous citerons d'abord des cas dans lesquels la jurisprudence a admis l'existence d'un legs fait sous condition résolutoire. Une veuve lègue à son beau-frère la moitié de tous ses biens, dans la prévoyance que sa fille unique ne tarderait pas à la suivre dans la tombe. Elle ajoute que si sa fille parvenait à son âge de majorité, le legs serait converti en simple usufruit et que la propriété en appartiendrait à sa fille. La testatrice meurt et, bientôt après, son enfant. Les héritiers de celle-ci demandent la nullité du testament pour substitution prohibée. Le tribunal prononce la nullité. Sur l'appel, la cour de Bruxelles décide que le legs litigieux est fait sous condition résolutoire; au cas où la fille aurait atteint sa majorité, le legs fait au beau-frère eût été résolu, la fille eût été propriétaire dès l'ouverture de l'hérédité, donc il y aurait eu une seule libéralité en nue propriété et un legs en usufruit; ce que l'article 898 permet, par la raison que ce sont deux libéralités distinctes sans ordre successif (1).

(1) Bruxelles, 13 décembre 1809 (Dalloz, au mot *Substitution*, n° 135).

Un testament fait par un Corse contenait cette singulière condition que si le légataire venait à être condamné pour quelque délit, il lui substituait les enfants nés de son mariage, d'abord les enfants mâles et, à leur défaut, les filles. Etait-ce une substitution? Le mot s'y trouvait, mais au fond la disposition était conditionnelle. Le légataire institué en premier lieu commençait par recueillir le legs; mais s'il commettait un délit, le legs était résolu, ses enfants y étaient appelés. Si la condition résolutoire ne se réalisait pas, le légataire restait propriétaire incommutable, lui seul profitait de la libéralité; le legs conditionnel fait aux enfants devenait caduc. En définitive, le premier gratifié l'était sous condition résolutoire et les seconds étaient appelés sous condition suspensive. En toute hypothèse, il ne pouvait y avoir qu'un seul gratifié, donc pas d'ordre successif ni de substitution (1).

Dans une espèce qui s'est présentée récemment devant la cour de cassation, le pourvoi s'appuyait sur une consultation de M. Demolombe. Ce qui frappait l'auteur, c'est l'incertitude de la propriété résultant des dispositions conditionnelles. Le conseiller rapporteur, M. Cornnelly, répond très-bien que cette incertitude existe aussi dans les dispositions à titre onéreux faites sous condition, ce qui n'a pas empêché le législateur de les admettre. L'incertitude n'est donc pas un caractère particulier et distinctif de la substitution fidéicommissaire; c'est plutôt un de ses effets, un des inconvénients qui en résultent. Le vrai caractère qui distingue la substitution prohibée de la disposition conditionnelle, c'est l'ordre successif, ou la double transmission et l'obligation de conserver et de rendre. Dans l'espèce, la testatrice avait formellement déclaré qu'elle entendait faire une disposition sous condition. Entendait-elle éluder par là la prohibition des substitutions? Ce n'est pas éluder la loi que d'user d'un droit qu'elle accorde. Il faut donc donner effet à la disposition conditionnelle, à moins que, sous l'apparence et le nom d'une disposition conditionnelle, on ne cache une

(1) Bastia, 22 mai 1854 (Dalloz, 1855, 2, 10).

substitution. Telle n'était pas la disposition litigieuse. La testatrice léguait l'usufruit de ses immeubles à son neveu; elle lui léguait de plus la nue propriété sous la condition qu'il laisserait des enfants issus de son mariage, et pour le cas où cette condition ne serait pas remplie. elle léguait la nue propriété à son frère. Y a-t-il là un ordre successif? Non. Il n'y a qu'une seule transmission de la propriété, soit en faveur du neveu si la condition s'accomplit, soit en faveur du frère si la condition défaillit. Si le neveu ne laisse pas d'enfants, il n'aura jamais été propriétaire et le frère l'aura toujours été; le neveu n'est donc pas chargé de conserver et de rendre, il n'y a qu'une transmission, donc pas de substitution (1).

448. Dans l'espèce suivante, la cour de Limoges a jugé, et avec raison, qu'il y avait substitution fidéicommissaire. Un testateur institue pour son héritière universelle une fille mineure et appelle la mère à la succession, au cas où la fille viendrait à mourir avant sa majorité ou son mariage. On soutenait que la disposition était un legs conditionnel. Mais rien dans les clauses du testament ne marquait qu'il y avait condition; le testateur n'appelait la mère à recueillir sa succession qu'après que l'héritière instituée l'aurait elle-même recueillie et serait décédée; ce qui implique deux libéralités dans un ordre successif, donc substitution. La cour établit très-bien la différence entre la substitution et le legs conditionnel. Dans le legs conditionnel, la chose léguée passe directement du testateur au légataire, parce que l'effet rétroactif de la condition reporte la libéralité au moment où le testateur est décédé, de sorte qu'entre celui qui donne et celui qui reçoit il n'y a point d'intermédiaire. Mais, dans l'espèce, la propriété a fait impression, au décès du testateur, sur la tête de son héritière instituée; donc lorsque cette libéralité passe à l'autre légataire, il y a un second gratifié qui recueille après le premier; donc ordre successif et substitution; seulement la substitution était conditionnelle; mais, conditionnelle ou pure et simple, la substitution est

(1) Angers, 14 avril 1872 (Dalloz, 1873, 2, 101), et Rejet, 29 juillet 1873 (Dalloz, 1873, 1, 52; et la consultation de Demolombe, *ibid.*, p 53).

prohibée par les termes généraux de l'article 896 (1).

La cour de cassation a méconnu ces principes, à notre avis, dans l'espèce suivante. Un legs est fait à un individu « pour faire de la chose léguée, en propriété et jouissance, ce qu'il jugera convenable; » mais sous la clause que « le legs sera caduc et comme *non avenu* si le légataire meurt avant l'âge de vingt et un ans. » La cour a jugé que cette disposition n'est pas un legs conditionnel, mais une substitution au profit des héritiers légitimes. Dire que le légataire a la propriété et la jouissance, c'est bien dire qu'il recueille le legs, donc la propriété fait impression sur la tête du légataire; et comme cette propriété doit retourner, en cas de mort avant la majorité, aux héritiers du testateur, il y a deux libéralités avec ordre successif (2). La cour oublie la clause expresse dans laquelle le testateur disait que sa libéralité serait *caduque* et comme *non avenue* si le légataire n'arrivait pas à sa majorité. Et qu'est-ce qu'une libéralité *caduque?* C'est celle qui tombe sans produire aucun effet. Le testateur ajoute qu'elle sera *comme non avenue*, c'est dire qu'elle sera résolue rétroactivement, comme si elle n'avait jamais existé. Voilà bien l'effet d'une condition résolutoire. Elle n'empêche pas la transmission de la propriété; le légataire, de même que l'acheteur sous condition résolutoire, devient propriétaire comme un acquéreur pur et simple; la propriété fait donc impression sur sa tête, pour nous servir des termes de la cour; mais cette propriété est résoluble, elle est résolue, anéantie si la condition se réalise. Partant le légataire n'a jamais été propriétaire, il n'y a donc ni ordre successif ni substitution.

ARTICLE 3. Charge de rendre à la mort.

N° 1. PRINCIPE.

449. L'article 896 prohibe la disposition par laquelle l'institué est chargé de conserver et de *rendre* à un tiers.

(1) Limoges, 6 juin 1848 (Dalloz, 1849, 2, 144). Comparez Orléans, 10 février 1830 (Dalloz, au mot *Substitution*, n° 114, 2°)
(2) Rejet, 13 août 1856 (Dalloz, 1857, 1, 23).

Que faut-il entendre par la charge de rendre? La doctrine et la jurisprudence s'accordent à exiger que la charge de rendre soit imposée à l'institué à sa mort pour qu'il y ait substitution prohibée; s'il n'y a pas charge de rendre à la mort, il n'y a pas de substitution (1). N'est-ce pas ajouter à la loi? Le texte parle de la charge de rendre en termes généraux, il ne dit pas rendre *à la mort*. L'interprète peut-il restreindre la prohibition qui est générale et absolue en la limitant à la charge de rendre à la mort? Nous croyons aussi que le législateur n'a entendu prohiber que les dispositions avec charge de rendre à la mort; mais il importe de préciser les motifs qui justifient cette opinion. On en donne parfois qui sont faux, à notre avis, et qui répandent la confusion dans une matière qui présente déjà assez de difficultés, sans que les interprètes en créent de nouvelles.

Un de nos bons auteurs dit que si le législateur, en prohibant les substitutions, avait entendu par là les dispositions faites sous la charge de rendre, n'importe à quelle époque, il n'aurait pas pu autoriser les legs à terme, et encore moins les legs conditionnels laissés à la charge d'un héritier institué (2). C'est dire que les substitutions à terme ou sous condition se confondent avec les legs à terme ou les legs conditionnels et que le seul caractère qui distingue la substitution prohibée des legs à terme et des legs conditionnels, c'est que la charge de rendre dans la substitution n'est établie qu'à la mort de l'institué, tandis que, dans les legs à terme, la chose est rendue à l'échéance du terme, et dans les legs conditionnels, à l'avénement de la condition; ce qui suppose que le terme et la condition surtout sont de nature à échoir avant la mort de l'institué. Cela n'est pas exact, nous avons déjà combattu cette erreur et les conséquences qu'on en déduit en ce qui concerne les legs conditionnels. Il est plus facile encore de démontrer qu'une substitution à terme ne

(1) Nous nous contentons de citer un des derniers arrêts (Cassation, 15 juillet 1857, Dalloz, 1857, 1, 335). Les cours ne discutent même plus la question.

(2) Duranton, t. VIII p. 77, n° 78.

se confond pas avec le legs à terme. Le caractère essentiel qui les distingue, c'est que dans la substitution il y a deux libéralités avec ordre successif; de sorte que l'institué est l'intermédiaire par lequel la libéralité arrive au substitué. Il n'y a pas d'ordre successif dans les legs faits à terme; celui qui reçoit la chose, à l'échéance du terme, la reçoit directement des mains du testateur, sans voie oblique. De là suit que les droits de tous s'ouvrent à la mort du défunt, et ils les transmettent à leurs héritiers, quand même ils mourraient avant l'échéance du terme. Tandis que le substitué doit vivre au moment où l'institué lui rend la chose; s'il prédécède, la substitution devient caduque. Donc il y a des différences essentielles entre le legs à terme et la substitution à terme; partant la loi a pu tout ensemble autoriser les legs à terme et défendre les substitutions à terme; de même qu'elle a pu admettre les legs conditionnels et défendre les substitutions avec charge de rendre à l'événement d'une condition autre que la mort de l'institué. En veut-on une preuve décisive? C'est que dans l'ancien droit on pouvait faire les substitutions à terme, donc aussi sous une condition autre que celle du décès de l'institué. Il en est de même des substitutions permises sous l'empire du code; nous reviendrons sur ce point.

Il faut donc abandonner un argument qui confond des dispositions essentiellement diverses. On donne encore une autre raison que nous ne croyons pas meilleure. Le code permet certaines substitutions; celles qu'il admet par exception doivent avoir les mêmes caractères que les substitutions qui généralement sont prohibées; or, les substitutions des articles 1048 et 1049 ne s'ouvrent, en règle générale, qu'à la mort de l'institué; ce sont donc celles-là que le code a entendu prohiber (1). L'argument cloche. Si généralement les substitutions permises s'ouvrent à la mort du grevé, rien n'empêche de les faire à temps; donc on ne peut rien conclure des substitutions permises aux substitutions prohibées, ou la conclusion

(1) Demolombe, t. XVIII, p. 87, n° 86. Toullier, t. III, 1, p. 11, n° 22.

devrait être que la loi a prohibé toute espèce de substitutions, celles qui s'ouvrent du vivant de l'institué aussi bien que celles qui s'ouvrent à sa mort.

La vraie raison de décider se trouve dans la tradition et dans les discussions qui ont eu lieu au conseil d'État. Ces discussions prouvent que les auteurs du code civil ont entendu prohiber les substitutions telles qu'elles étaient usitées sous l'ancien régime. Et quel était l'usage presque universel? Thévenot nous le dit : « Nos substitutions ne se font communément que pour avoir lieu après la mort du grevé. » De là on concluait qu'il suffisait de dire : « J'institue un tel et je lui substitue un tel. » On présumait de droit que le disposant n'avait entendu ordonner la restitution que pour le temps de la mort du grevé. C'est dire que la charge de rendre impliquait la charge de rendre à la mort. C'est aussi dans ce sens traditionnel qu'il faut entendre l'expression dont se sert l'article 896 (1).

450. Il suit de là qu'il y a des substitutions non prohibées, quoiqu'elles présentent tous les caractères des substitutions fidéicommissaires, sauf que l'institué n'est pas chargé de rendre à sa mort. Ainsi il n'y a pas de substitution, dans le sens de l'article 896, si le donataire ou légataire a été chargé de rendre les biens immédiatement ; il n'y a pas de trait de temps proprement dit, donc ni institué ni substitué ; c'est ce qu'on appelle un fidéicommis pur ; nous y reviendrons. S'il est obligé de les rendre après un délai déterminé, il y a substitution à temps ; les auteurs disent que, dans ce cas, il n'y a pas de substitution. Cela est vrai dans le sens légal du mot. Cette substitution n'est pas prohibée par l'article 896 ; ce n'en est pas moins une substitution, puisqu'il y a un institué et un substitué, et il y a trait de temps, ordre successif et transmission au substitué par l'intermédiaire de l'institué, c'est-à-dire par la voie oblique ; ce qui distingue cette disposition du legs à terme (n° 449). Enfin, il n'y a

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 21, note 32, § 694. Thévenot, p. 102, n° 285 et 286.

pas de substitution prohibée lorsque la charge de rendre a été imposée sous une condition, quelle qu'elle soit, susceptible de se réaliser du vivant de l'institué. Dans notre opinion, il faut aller plus loin et dire que la disposition conditionnelle n'est jamais une substitution, quand même la condition serait de nature à se réaliser seulement à la mort du grevé (1).

La jurisprudence est d'accord avec la doctrine. Nous avons cité les arrêts qui admettent la validité des legs conditionnels (n° 441). Les substitutions pour un terme fixe sont rares; par contre, leur validité n'est pas douteuse dès que l'on accepte l'interprétation que l'on donne généralement à l'article 896. Comme le dit très-bien la cour de Colmar, il y a cette différence essentielle entre les substitutions à temps et celles qui ne s'ouvrent qu'à la mort du testateur, c'est que les dernières créent un ordre particulier de succession que l'auteur de la substitution impose à ses héritiers (2). Chose singulière! Les défenseurs des substitutions, car il s'en trouve, invoquent la liberté du testateur. Ils ne réfléchissent pas que le testateur qui substitue enchaîne ses héritiers, qu'il les empêche de disposer de leurs biens comme ils l'entendent. Au nom de la vraie liberté, il faut proscrire les substitutions qui l'entravent et donnent au substituant un pouvoir qui dépasse la liberté, celui de régler l'avenir pour des générations entières. On ne peut pas en dire autant des substitutions à temps; elles n'introduisent pas un ordre particulier de succession; car la substitution s'ouvre du vivant de l'institué, de sorte que chacun est libre de disposer de ses biens à sa volonté. En ce sens, les substitutions à temps diffèrent des substitutions qui ne s'ouvrent qu'à la mort du substitué; l'un des motifs qui ont fait prohiber celle-ci n'existe pas pour l'autre.

451. Faut-il que l'acte dise en termes exprès que l'institué doit rendre les biens à sa mort? Le texte de la loi ne l'exige pas, puisqu'il ne parle pas même de l'époque à

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 22, § 694. Demolombe, t. VIII, p. 106, n° 99.
(2) Colmar, 25 août 1825 (Dalloz, au mot *Substitution*, n° 116, 2°). Comparez Rouen, 2 février 1870 (Dalloz, 1870, 2, 43).

laquelle les biens doivent être rendus au substitué. Il suffit donc que la charge de rendre à la mort résulte nécessairement des clauses de la disposition. S'il était dit que le testateur lègue à Pierre avec charge, au cas où il ne se marie pas, de rendre à Paul, la charge de rendre serait reportée à l'époque du décès par la nature même de la clause. En effet, ce n'est qu'à la mort de l'institué que l'on saura s'il ne se marie point. Il en serait de même dans tous les cas où la charge de rendre est subordonnée à une condition négative qui ne se réalise qu'au décès de celui qui est chargé de rendre (1).

L'indication de l'époque à laquelle la restitution doit se faire ne devant pas être expresse, ce sera au juge à décider si elle résulte nécessairement de la disposition. Dans l'espèce suivante, la cour d'Angers avait jugé que la disposition ne renfermait qu'un fidéicommis pur, c'est-à-dire que l'institué était tenu de rendre immédiatement, ce qui exclut la substitution. Le testateur léguait un domaine à une fille qui le servait et qu'il laissait enceinte; aux termes de l'acte, la légataire avait le droit d'en jouir en pleine propriété, avec charge de le conserver pour l'enfant à qui elle donnerait le jour. Cette décision fut cassée. La clause principale de l'acte prouvait qu'il ne contenait pas un simple fidéicommis : « Je veux qu'elle jouisse *en toute propriété* de ma terre de la Crilloire. » Il en résultait que la légataire devait jouir de la chose, et en jouir comme propriétaire; dès lors il y avait une institution avec charge de conserver. Restait à déterminer l'époque de la restitution ; le testateur ne l'indiquait pas. La cour de cassation dit que la légataire, ayant le droit de jouir en toute propriété du domaine qui lui était légué, avait le droit de continuer cette jouissance pendant toute sa vie, puisqu'elle n'était pas limitée à un espace de temps moindre; le testament l'obligeait néanmoins à conserver et à rendre, donc elle n'était pas tenue de remettre la chose léguée avant sa mort; ce qui constitue l'essence de

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 23 et note 35, § 694, et les autorités qu'ils citent.

la substitution fidéicommissaire que l'article 896 prohibe et annule (1). La question n'était guère douteuse. C'est la faveur de la cause qui avait entraîné le premier juge. Avis aux testateurs et à ceux qui rédigent les actes de dernière volonté! A force de vouloir assurer le legs à la personne qu'il voulait gratifier, le testateur le compromit.

452. Si le testateur dit simplement qu'il lègue avec charge de rendre, faudra-t-il interpréter la clause en ce sens qu'il y a charge de rendre à la mort? ou sera-ce la charge de rendre immédiatement? Dans l'ancien droit, on présumait qu'il y avait charge de rendre à la mort; l'usage général était de substituer ainsi, le testateur était donc censé vouloir que les biens fussent rendus à sa mort quand il n'avait pas manifesté de volonté contraire. Décider que la chose devait être rendue de suite, c'eût été tromper le vœu du substituant. Cependant il n'y avait pas de présomption absolue; le juge décidait d'après les circonstances de la cause; telle est la conclusion de Thévenot. « D'après les détails où je viens d'entrer, dit-il, on sent assez que lorsqu'il n'y a ni clause expresse qui diffère le fidéicommis au temps de la mort du grevé, ni terme qui renferme implicitement et nécessairement cette condition, la question de savoir si elle doit être présumée est une question de volonté qui dépend des circonstances et de la prudence du juge (2). «

A plus forte raison en est-il ainsi dans le droit moderne. Les substitutions sont prohibées; on ne peut pas admettre facilement que le testateur ait entendu faire ce que la loi défend. Les substitutions prohibées sont annulées, même quant à l'institution; on ne peut présumer que le testateur ait voulu faire un acte qui n'a aucun effet. Est-ce à dire que la charge de rendre, sans autre explication, doive toujours être interprétée en ce sens que la chose léguée sera rendue immédiatement? On l'enseigne ainsi, en se fondant sur l'article 1157 (3), dont on abuse singulièrement en matière de substitutions. Sans doute,

(1) Cassation, 15 juillet 1857 (Dalloz, 1857, 1, 335).
(2) Thévenot, p. 301, nos 920-922, et p. 302, no 924.
(3) Toullier, t. III, 1, p. 13, no 23. Duranton, t. VIII, p. 96, no 89.

on doit entendre les actes dans le sens avec lequel ils peuvent avoir quelque effet, plutôt que dans le sens avec lequel ils n'en produiraient aucun. Mais il y a une autre règle d'interprétation que l'on oublie, c'est que la volonté du testateur fait loi; le juge ne peut donc pas mettre son interprétation à la place de l'intention du défunt. Si le testateur a voulu faire une substitution, soit par ignorance, soit avec la volonté d'éluder la prohibition de la loi, il ne faut pas lui faire dire le contraire de ce qu'il a voulu, ni maintenir un acte que la loi annule.

453. Nous en dirons autant d'une question analogue qui divise les auteurs. Le testateur s'est servi des termes de l'article 896, il a légué avec charge de conserver et de rendre. Sera-ce une substitution prohibée? ou faut-il interpréter la disposition comme contenant un simple fidéicommis? Les uns disent que le testateur ayant reproduit les termes dont la loi se sert pour définir les substitutions, il faut voir dans cette disposition une substitution prohibée. Non, disent les autres, on doit interpréter l'acte de manière à lui donner effet (1). Nous croyons aussi que ce n'est pas une question de droit, mais une question de fait. Seulement nous disons que dans l'appréciation du fait il faut tenir compte de la volonté du disposant. Comme le dit la cour de cassation dans l'arrêt que nous venons de citer (n° 452), il faut considérer avant tout ce que le testateur a voulu; si les clauses du testament sont claires, précises, il n'y a plus lieu à interprétation; on doit annuler ce que la loi prohibe et annule.

N° 2. APPLICATION. — DES FIDÉICOMMIS.

454. Les legs peuvent être faits sous forme de fidéicommis. J'institue Pierre mon héritier et je le charge de rendre mon hérédité à Paul. C'est ce qu'on appelait dans l'ancien droit un fidéicommis pur, parce qu'il est fait sans aucune condition qui en tienne l'effet suspendu et incertain. L'effet de ce fidéicommis était celui de tout legs pur

(1) Voyez, en sens divers, Aubry et Rau, t. VI, p. 22, note 34, et les auteurs qu'ils citent.

et simple; il s'ouvrait sur-le-champ aussitôt que le testament s'ouvrait par la mort du testateur; dès cet instant le légataire à qui la chose devait être remise avait droit au legs et le transmettait à ses héritiers (1).

On a remarqué que le code n'emploie jamais l'expression de *fidéicommis*. Les auteurs et les tribunaux s'en servent d'ordinaire pour désigner une disposition qui a pour but de faire parvenir la libéralité à une personne incapable. Prise dans ce sens, le fidéicommis n'a rien de commun avec les substitutions prohibées. Si le légataire est capable, le fidéicommis se confond avec le legs, il n'en diffère que par la forme; au lieu de donner directement, le testateur charge son héritier de donner. Cette charge est sous-entendue dans tout legs, puisqu'il y a toujours quelqu'un qui est obligé de l'acquitter.

453. Les fidéicommis ne sont donc pas une manière particulière de disposer. Comme le code garde le silence sur les fidéicommis, on en a conclu que la législation ancienne sur cette matière restait en vigueur (2). C'est une erreur : le code pose comme principe que le testateur peut disposer sous telle dénomination qu'il juge propre à manifester sa volonté (art. 967). Il peut donc disposer sous le nom de fidéicommis; le nom ne change rien à la nature des dispositions de dernière volonté; toutes sont régies par les mêmes principes. Dans l'ancien droit, les fidéicommis se faisaient en termes précatifs, tandis que les legs se faisaient en termes impératifs. Le code ne s'attache pas aux termes, mais à la volonté. Il s'ensuit qu'une disposition faite en termes précatifs serait valable, pourvu que le testateur ait clairement expliqué ce qu'il veut; peu importe qu'il ait qualifié sa disposition de fidéicommis ou de legs. Dans l'espèce jugée par la cour de Gand, le testateur avait d'abord fait un testament authentique par lequel il distribuait ses biens et chargeait sa servante de l'exécution de ses volontés. Le lendemain, il fit un testament olographe par lequel il instituait le notaire, qui

(1) Thévenot, p. 101, nos 280 282.
(2) Gand, 28 janvier 1842 (*Pasicrisie*, 1842, 2, 105).

venait de recevoir le premier testament, pour son légataire universel, en émettant le vœu que ledit notaire partageât sa succession entre les légataires institués la veille. Le notaire se prétendit héritier effectif. Il a été jugé qu'il était simplement chargé d'exécuter les volontés du testateur telles qu'il les avait manifestées dans son testament. Nous croyons que la cour a bien jugé; mais il était inutile de recourir à la législation des fidéicommis pour le décider ainsi; les tribunaux sont investis du pouvoir d'interpréter les dispositions testamentaires; la cour pouvait donc dire que le prétendu legs universel était un fidéicommis pur et simple.

456. Quelle différence y a-t-il entre les fidéicommis et les substitutions? Nous avons d'avance répondu à la question. Le fidéicommis est un legs. Quand il est pur et simple, il n'y a pas d'apparence d'une substitution. Quand il est à terme ou sous condition, il y a une analogie apparente; celui qui est chargé d'acquitter le legs ne doit le faire qu'à l'échéance du terme ou à l'arrivée de la condition; en ce sens on peut dire qu'il doit conserver la chose pour la rendre. En réalité, il n'y a ni institué ni substitué. Celui à qui la chose doit être remise est seul légataire, à terme ou sous condition. En ce qui concerne le fidéicommis à terme, tout le monde est d'accord. Quant au fidéicommis conditionnel, on distingue : si la condition doit se réaliser pendant la vie du grevé, il y a legs conditionnel; si elle doit se réaliser à sa mort, il y a substitution. Nous avons examiné toutes ces questions en traitant du legs à terme et du legs conditionnel. Ce que nous avons dit des legs s'applique aux fidéicommis; on a même tort de les distinguer, c'est une source de confusion dans une matière qui par elle-même est assez compliquée (1).

(1) Comparez Toullier, t. III, 1, p. 18, nos 30-32; Coin-Delisle, p. 44, no 22 de l'article 896; Aubry et Rau, t. VI, p. 8, § 694; Demolombe, t XVIII, p. 100, no 95.

ARTICLE 4. De l'obligation de conserver et de rendre.

N° 1. PRINCIPE.

I. *Il faut une obligation juridique.*

457. Aux termes de l'article 896, l'institué doit être chargé de conserver et de rendre au substitué. Que faut-il entendre par le mot *charge?* Il est de jurisprudence que la charge implique une obligation juridique, c'est-à-dire un lien de droit qui constitue l'institué débiteur et le substitué créancier; de sorte que si l'institué ne remplit pas son obligation, le substitué a une action pour l'y contraindre, lui ou ses héritiers. De là, la cour de cassation conclut que la charge de conserver et de rendre doit être exprimée en termes impératifs et obligatoires.

Le principe ne saurait être contesté. Ce qui constitue l'essence de la substitution, c'est que les biens légués doivent être conservés par l'institué, premier gratifié, pour les rendre, à sa mort, au substitué, gratifié en second ordre. Le substitué reçoit les biens de l'institué, il doit donc avoir une action contre lui, comme tout légataire a une action contre le débiteur du legs. S'il ne résulte pas d'action de la disposition, il n'y a pas de charge de conserver et de rendre, car l'institué pourra disposer des biens sans qu'un tiers puisse agir contre lui ou ses héritiers pour les contraindre à les rendre. La cour de cassation a formulé le principe dans l'espèce suivante : un testateur lègue tous les biens qu'il laissera à son décès, avec le droit pour la légataire universelle d'en disposer en toute propriété et jouissance, comme de sa propre chose, à la seule condition qu'à sa mort elle léguera ou emploîera au soulagement des malheureux tout ce qu'elle aura hérité. Y avait-il là charge de conserver et de rendre dans le sens de l'article 896? Les termes mêmes du testament prouvaient que la légataire était libre de disposer, donc elle n'était pas tenue de conserver; elle avait, à la vérité, charge d'employer, à sa mort, ce qu'elle héritait au soulagement des malheureux; mais le testa-

teur ajoutait qu'il la laissait libre en cela d'agir comme elle le jugerait convenable. Pouvait-on dire que les biens ainsi légués étaient indisponibles? Non, car personne n'avait une action pour contraindre la légataire ou ses héritiers à faire l'emploi que le testateur désirait plutôt qu'il ne l'imposait, puisqu'il s'en rapportait entièrement à la légataire. La cour de cassation dit, à ce sujet, que la charge de conserver et de rendre implique, dans la personne du tiers appelé en second ordre, une action civile contre les héritiers du grevé pour les forcer à réaliser en sa faveur les volontés du disposant; que cette action est le corrélatif nécessaire et la sanction de la clause d'indisponibilité qui, sans elle, serait inefficace et sans valeur. Or, dans l'espèce, il n'y avait pas d'action, donc il n'y avait pas charge de conserver et de rendre (1).

458. Faut-il conclure de là avec la cour de cassation que les termes dans lesquels la charge de conserver et de rendre est exprimée doivent être impératifs et obligatoires (2)? Nous croyons que ce serait dépasser la pensée de la cour et dépasser aussi les exigences de la loi. C'est par opposition à l'ancien droit que la doctrine et la jurisprudence posent en principe que la charge de conserver et de rendre implique une obligation civile. Dans l'ancien droit, la volonté de créer une substitution résultait de l'expression d'un simple désir, d'un vœu, d'une espérance, d'une recommandation (3). C'est que l'on favorisait les substitutions, et l'on se contentait de l'intention manifestée, n'importe dans quels termes, que les biens légués fussent rendus à un tiers. C'était, à vrai dire, le droit commun, toute disposition de dernière volonté doit être valable, dès que la volonté est certaine et quels que soient les termes dont le testateur s'est servi. Sous l'empire du code civil, il n'en est plus ainsi; le législateur a mis les substitutions hors du droit commun en les prohibant. Les

(1) Rejet, 13 décembre 1864 (Dalloz, 1865, 1, 169). Comparez Paris, 23 janvier 1869 (Dalloz, 1869, 2, 121), et Rejet, 8 juillet 1834 (Dalloz, au mot *Substitution*, n° 64).

(2) Rejet, 19 mars 1856 (Dalloz, 1856, 1, 123); 11 juin 1860 (Dalloz, 1860, 1, 447).

(3) Thévenot, p. 66, n°s 176-179.

motifs de cette prohibition sont tous d'ordre public; les auteurs du code réprouvent les substitutions parce qu'elles empêchent la libre circulation des biens et qu'elles entravent la liberté d'action des héritiers du substituant. Pour qu'il y ait substitution, il faut donc qu'il y ait un lien de droit qui enchaîne les personnes et les propriétés, une impossibilité légale d'aliéner, ce qui implique une obligation civile de conserver et de rendre les biens substitués. Sans cette obligation légale, l'institué reste libre de disposer comme il l'entend, il reste libre d'exécuter la substitution, et là où il y a liberté, il n'y a pas de lien d'obligation, partant pas de substitution. De là suit que le simple vœu, le désir, la prière, la recommandation ne suffisent plus pour qu'il y ait substitution; car il n'en résulte aucune entrave légale pour les personnes et les biens, partant il n'y a pas de substitution. C'est en ce sens que la cour de cassation dit qu'il faut des termes impératifs et obligatoires pour qu'il y ait substitution fidéicommissaire; c'est la clause qui doit être impérative plutôt que la formule. Il y a obligation contractuelle, quoique les parties n'aient pas employé les termes de créancier et de débiteur. De même il y a obligation de conserver et de rendre, bien que le testateur n'ait pas ordonné et commandé; il suffit qu'il ait imposé à l'institué l'obligation de conserver et de rendre, n'importe dans quels termes. Seulement l'expression d'un vœu, d'un désir, d'une prière ou une recommandation ne suffiraient pas. Il y a, sous ce rapport, une différence entre la substitution et les legs : pour les legs, on se contente d'une expression quelconque de la volonté du testateur, fût-ce sous forme de prière. Pour les substitutions, il faut plus. La raison en est que toute disposition de dernière volonté implique un droit pour le gratifié et une obligation pour celui qui doit l'exécuter. Tandis que tout fidéicommis n'est pas une substitution; il faut que le substituant lie, enchaîne la liberté de l'institué et déclare les biens légués inaliénables; or, une disposition précative le laisserait libre de disposer des biens; donc il n'y aurait pas de substitution.

459. La doctrine de la cour de cassation, quant à l'expression de la volonté du testateur, est donc plutôt négative qu'affirmative; elle doit être entendue en ce sens que la manifestation d'un vœu, d'un désir, d'une prière ne suffit point. Ce principe a été combattu par Duranton et, à sa suite, par Coin-Delisle; nous croyons inutile de renouveler le débat, l'opinion de ces auteurs étant restée isolée. Il est vrai, comme ils le disent, que les fidéicommis précatifs peuvent cacher une substitution fidéicommissaire; le testateur, sachant qu'il ne peut commander, priera, et l'institué, s'il est homme d'honneur, fera droit à ce vœu. On a répondu, et la réponse est péremptoire, qu'il est impossible d'empêcher les fidéicommis secrets; le testateur peut n'imposer aucune charge dans son testament à son héritier, il s'abstiendra même d'émettre un désir, mais il fera connaître ses volontés oralement ou par lettre : qui empêchera l'institué de remplir ses intentions (1)?

La jurisprudence n'a jamais hésité sur cette question. Un mari institue sa femme pour son héritière mobilière et immobilière, voulant qu'elle soit maîtresse absolue de ses biens; puis il la prie de disposer de la moitié des immeubles en faveur de son beau-frère. Les frères du défunt demandèrent la nullité du testament du chef de substitution. Il a été jugé par la cour de Bruxelles que la dernière disposition n'était pas conçue en termes impératifs et ne conférait aucun droit à celui en faveur duquel l'héritière instituée était priée de disposer. Sur le pourvoi, il intervint un arrêt de rejet (2).

Un tuteur officieux institue sa pupille légataire universelle, en lui *recommandant expressément*, dans le cas où elle décéderait sans postérité, qu'elle *devra* faire retour à ses ayants droit de tout ou de la plus grande partie de sa succession. La cour de cassation maintint le testament. En droit, dit l'arrêt, la simple prière ou recommandation

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 15 et notes 17 et 18, et les auteurs qu'ils citent.

(2) Rejet, 5 janvier 1809 (Dalloz, au mot *Substitution*, n° 60). Comparez Rejet, 20 janvier 1840 (Dalloz, au mot *Substitution*, n° 177).

faite par le testateur à celui qu'il institue légataire de disposer en faveur d'un tiers des biens légués ne suffit pas pour constituer une substitution prohibée. En fait, le testateur ne s'est pas servi de termes impératifs et obligatoires; il s'est borné à *recommander expressément* à sa légataire de faire retourner les biens à ses héritiers; la *recommandation*, pour être *expresse*, ne change pas de caractère et ne peut donner à la clause un sens impératif et obligatoire qu'elle n'a pas. Cela n'est exact; le testateur faisait plus que *recommander expressément*, il ajoutait que la légataire *devait* faire retour aux héritiers du disposant de tout ou de la plus grande partie de sa succession; et le mot *devoir* est un terme impératif. La cour ajoute un autre motif, c'est que le testateur ne désignait aucun objet ni aucune quotité que la légataire devait conserver et rendre; ce qui prouvait qu'il s'en remettait entièrement à elle pour les dispositions qu'elle voudrait faire en faveur de ses héritiers naturels (1). Cela aussi n'est pas tout à fait exact, il y avait obligation de conserver pour la plus grande partie de la succession, donc au moins pour plus que la moitié.

Ce qui est vrai de la prière et de la recommandation s'applique naturellement au désir que le testateur exprime que le légataire conserve les biens légués pour les rendre à un tiers. La cour de cassation l'a jugé ainsi dans une espèce où, en fait, on aurait pu juger que le désir était un ordre. En effet, le testateur ajoutait la défense expresse d'aliéner : ne pouvait-on pas en inférer que le désir était sanctionné par la défense d'aliéner et que partant les termes, précatifs en apparence, étaient impératifs au fond (2)? A notre avis, il n'y avait pas de doute sur la volonté du testateur. Mais la question de fait, ainsi posée, n'entrait pas dans les attributions de la cour de cassation; elle ne fut pas même soulevée.

Dans l'espèce suivante, la cour de cassation a encore jugé qu'il n'y avait pas de substitution. La testatrice, en

(1) Rejet, 19 mars 1856 (Dalloz, 1857, 1, 123).
(2) Rejet, 11 juin 1860 (Dalloz, 1860, 1, 447).

instituant pour légataires universels, entre autres son neveu placé sous conseil judiciaire, déclarait qu'elle ne lui laissait une part dans sa succession que pour la transmettre à ses enfants légitimes ou, à défaut d'enfants, à sa sœur, et non à d'autres. Si cette disposition avait été isolée, on aurait dû l'annuler comme entachée de substitution, car la testatrice exprimait une volonté bien décidée en la formulant sous forme de condition. Mais elle avait commencé par dire que si son neveu n'était pas pourvu d'un conseil judiciaire, elle aurait pris des mesures pour assurer la conservation des biens qu'elle lui laissait; elle déclare qu'elle s'en remet aux soins dudit conseil pour garantir son neveu contre sa propre faiblesse. La cour de cassation s'est prévalue de cette clause pour en induire que la testatrice n'imposait pas à son légataire l'obligation absolue de conserver et de rendre les biens qu'elle lui léguait; que, loin de là, elle disait que, pour assurer la conservation de ces biens, elle comptait sur le concours du conseil judiciaire; d'où l'on peut conclure qu'elle n'attachait pas un caractère impératif à la *recommandation* par elle faite à son neveu, et qu'elle ne faisait que témoigner un simple vœu (1). Cette appréciation nous paraît bien douteuse. D'abord la testatrice ne faisait pas de *recommandation*, le mot ni l'idée ne se trouvent dans son testament. Puis, si elle s'en rapportait au conseil judiciaire, c'était pour empêcher son légataire prodigue de faire de folles dépenses; cela n'avait rien de commun avec la volonté très-décidée qu'elle manifestait, que les biens fussent transmis aux enfants du légataire ou à sa sœur, et non à d'autres.

Si, au lieu de se servir d'un terme précatif, le testateur dit que son *intention* est que les biens par lui légués à son petit-fils soient, au cas où il viendrait à décéder sans postérité, partagés entre ses frères et sœurs germains, à l'exclusion de tous autres; auxquels frères et sœurs il déclare faire substitution expresse, il n'y a aucun doute. L'*intention* exprime la *volonté;* et le mot *substitution*,

(1) Rejet, 14 juin 1865 (Dalloz, 1865, 1, 487).

dont le testateur se sert pour désigner la vocation de ceux qu'il appelle en second ordre, complète sa pensée. Une disposition ainsi conçue a été annulée (1).

II. *De la charge virtuelle de conserver et de rendre.*

460. Faut-il que le testateur se serve des termes que l'article 896 emploie pour définir la substitution? Tout le monde admet que ces termes ne sont pas sacramentels. Il n'y a pas, en principe, de termes sacramentels pour manifester ses dernières volontés. Il est vrai que la volonté de faire une substitution est illégale; mais c'est une raison de plus de la frapper de nullité dès qu'elle est bien certaine, alors même que le testateur n'aurait pas dit formellement qu'il impose à son légataire la charge de conserver et de rendre. Il ne faut pas oublier que la prohibition prononcée par l'article 896 est d'ordre public, l'intérêt social est en cause. Peu importent donc les termes dans lesquels la disposition est conçue : si la charge de conserver et de rendre en résulte nécessairement, il y a substitution. Quand peut-on dire que la charge de conserver et de rendre est virtuelle? C'est une question de fait. La doctrine et la jurisprudence s'accordent à décider qu'il y a substitution virtuelle lorsque la disposition ne peut recevoir son exécution que moyennant la conservation et la restitution des biens donnés ou légués (2). Quand il s'agit de questions de fait, les règles que la théorie formule ont peu d'importance, tout dépend de l'appréciation que le juge fait des circonstances de la cause. Les exemples que nous allons donner sont tous empruntés à la jurisprudence (3). Ils prouvent que les testateurs n'ont pas toujours l'intention de faire une substitution fidéicommissaire, alors même que la disposition contient une substitution prohibée. Cela n'empêche pas

(1) Amiens, 29 avril 1826 (Dalloz, au mot *Substitution*, n° 62).
(2) Aubry et Rau, t. VI, p. 16, note 19, § 694. Poitiers, 6 mai 1847 (Dalloz, 1847, 2, 132).
(3) Comparez les arrêts rapportés par Dalloz, au mot *Substitution*, n° 110, 1° 6°.

que la disposition ne doive être annulée, et même pour le tout, l'institution aussi bien que la substitution. Le texte est formel; il ne s'attache pas à la volonté du disposant, il ne tient compte que des caractères de la disposition et des effets qu'elle doit produire. C'est à ceux qui donnent leurs conseils aux testateurs à les éclairer; bien des procès pourraient être prévenus, et ce qui est tout aussi important, la volonté légitime des testateurs recevrait son exécution, si les testaments étaient rédigés avec soin. Quand, sans le vouloir, le testateur fait une substitution prohibée, les juges doivent l'annuler, et alors régulièrement la transmission des biens délaissés par le défunt se fera en opposition avec sa volonté bien décidée.

461. Un officier institue pour son héritière universelle sa cousine issue de germain. Prévoyant qu'elle pourrait venir à mourir sans se marier ou sans avoir d'enfants, il veut que, dans ce cas, le bénéfice du legs soit réversible à la mère de la légataire, la cousine germaine du testateur, pour la jouissance seulement et, après celle-ci, à ses héritiers naturels tant du côté paternel que du côté maternel. Ce testament, très-mal rédigé, renfermait une substitution non douteuse : la légataire devait conserver les biens et les rendre, à sa mort, à sa mère; celle-ci n'avait que la jouissance des biens, en ce sens qu'elle était aussi tenue de les conserver et de les rendre aux parents du testateur. Vainement disait-on qu'il y avait legs sous condition résolutoire; il n'y avait pas un mot conditionnel dans le testament. Ce qui prouvait à l'évidence l'ordre successif, c'est que la disposition interrompait l'ordre légal de succession, d'abord en faveur de la première légataire, puis en faveur de la seconde; ce n'est qu'après le décès de celle-ci que les biens devaient revenir aux héritiers naturels du défunt. Cependant il est certain, comme le dit la cour de Colmar, que le testateur ne se doutait pas qu'il faisait une disposition prohibée par la loi (1). Qu'en résulta-t-il? Celle qu'il avait voulu avantager avant tout, sa légataire de prédilection, ne recueil-

(1) Colmar, 24 mars 1838, et Rejet, 21 juin 1841 (Dalloz, au mot *Substitution*, n° 57).

lit rien; le testament fut annulé et la succession passa aux parents les plus proches dans l'ordre déterminé par le code.

Un testateur lègue son domaine pour que le légataire en jouisse, lui et ses descendants après sa mort; voulant, ajoutait-il, qu'il en soit le seul héritier, lui et ses enfants après lui, de génération en génération. La disposition, attaquée comme fidéicommissaire, fut validée par la cour de Rouen, parce qu'il n'y avait pas charge formelle de conserver et de rendre. L'arrêt fut cassé, et il devait l'être. Il n'est pas nécessaire, dit la cour, que la charge de conserver et de rendre soit exprimée en termes formels dans l'acte, il suffit qu'elle résulte nécessairement de l'ensemble de ses dispositions. Or, la disposition litigieuse, en ordonnant que le domaine légué passât aux enfants et descendants, de génération en génération, en prohibait par cela même l'aliénation, le mettait hors du commerce; ce qui implique nécessairement l'obligation de le conserver et de le rendre (1). La règle que nous avons posée recevait ici son application littérale; pour que le domaine fût recueilli par les descendants du légataire, de génération en génération, il fallait que le légataire et, après lui, chaque génération le conservât pour le rendre; c'était une substitution perpétuelle, au moins dans les termes. Peut-être n'en était-il pas ainsi dans l'intention du testateur, mais peu importe : la disposition n'en était pas moins viciée et nulle.

Un testament portant que si le légataire institué décède sans enfants légitimes, les biens légués *passeront* à des tiers désignés, contient-il une substitution? Il s'agit d'interpréter le mot *passer;* il implique qu'il se fait une transmission du légataire aux tiers, qui reçoivent les biens de lui; or, pour qu'ils puissent passer à un tiers, il faut que le premier légataire les conserve pour les rendre; donc il y a charge virtuelle de conserver et de rendre, et partant substitution (2).

(1) Cassation, 23 janvier 1852 (Dalloz, 1852, 1, 48).
(2) Rejet, 1er août 1864 (Dalloz, 1864, 1, 495). Comparez Paris, 23 janvier 1869 (Dalloz, 1869, 2, 121)

Quand le testateur impose à son héritier la charge de *rendre*, sans parler de la charge de conserver, y aura-t-il substitution? Il faut distinguer. Si le testateur entend que l'héritier ne soit pas tenu de conserver, s'il lui permet de disposer des biens, sauf à rendre ceux qui resteront, il y aura fidéicommis *de residuo*, disposition qui n'est pas prohibée par l'article 896; nous y reviendrons. Mais si la charge de rendre est imposée en termes absolus, la disposition implique par cela même charge de conserver. On ne comprend pas, dit la cour de cassation, la possibilité de rendre si, avant tout, on n'a conservé. On ne peut pas présumer que le testateur laisse au grevé la faculté de disposer; si telle est son intention, il doit l'exprimer; s'il ne donne pas le droit de disposer, il le défend en obligeant le légataire à rendre tout ce qu'il a reçu (1).

462. La défense d'aliéner emporte-t-elle la charge virtuelle de conserver et de rendre? Il y a quelque incertitude sur ce point dans la doctrine. Nous avons dit ailleurs quel est l'effet de la clause qui défend à l'héritier institué ou au légataire d'aliéner d'une manière absolue, c'est-à-dire sans que la défense soit faite dans l'intérêt d'un tiers (2). Une pareille défense n'emporte jamais substitution, car il est de l'essence de la substitution qu'elle soit faite au profit d'un tiers, lequel a une action contre celui qui est tenu de conserver et de rendre, ou contre ses héritiers (n° 457); or, la prohibition absolue d'aliéner met seulement la chose hors du commerce, sans que l'on puisse dire qu'elle est frappée d'inaliénabilité au profit de qui que ce soit. Voilà pourquoi cette clause est réputée non écrite comme contraire à l'intérêt général (art. 900), mais la disposition elle-même est valable.

Il en est autrement lorsque le testateur défend d'aliéner la chose dans l'intérêt d'un tiers, à qui elle doit revenir. Si le disposant dit que la chose doit revenir au tiers, il n'y a aucun doute; la clause de retour à elle seule, comme

(1) Rejet, 21 août 1866 (Dalloz, 1867, 1, 30).
(2) Voyez le tome XI de mes *Principes*, p. 603, n° 461.

nous le dirons plus loin, équivaut à une substitution formelle quand le retour est établi au profit d'un tiers; à plus forte raison y a-t-il substitution quand le testateur interdit à l'institué d'aliéner dans l'intérêt du tiers; celui qui n'a pas le droit d'aliéner doit conserver, et il doit, à sa mort, rendre ce qu'il a conservé; voilà bien la charge de conserver et de rendre avec ordre successif au profit de deux gratifiés et, en définitive, tous les caractères de la substitution prohibée. Mais on demande s'il suffit que la prohibition soit faite au profit d'un tiers pour que par cela seul ce tiers soit substitué. L'affirmative est généralement enseignée, et avec raison, nous semble-t-il. En effet, la clause n'a d'intérêt pour le tiers que s'il doit profiter de l'inaliénabilité; or, il n'en profite que s'il est substitué à celui qui est chargé de conserver, donc la charge de conserver implique, dans ce cas, celle de rendre. Si la clause n'a pas ce sens, elle n'en a aucun; or, l'on ne peut pas admettre que le testateur impose une prohibition au profit d'un tiers sans que le tiers soit appelé à en profiter (1).

La jurisprudence est en ce sens. Il a été jugé qu'il y a substitution prohibée dans la disposition suivante : le testateur lègue tous ses biens à sa sœur sous la condition de ne jamais les vendre ni aliéner et de n'en pouvoir disposer qu'en faveur des enfants de son frère, qui toutefois n'en auront la jouissance qu'après leur père et une autre sœur du testateur. La cour de Caen dit que l'intention du testateur d'établir une substitution est d'une telle évidence qu'aucun doute sérieux n'est possible. Le testateur veut que les biens ne soient pas aliénés par la légataire; celle-ci doit donc les conserver, et au profit de qui? A son décès, la nue propriété passe aux enfants, au profit desquels la prohibition d'aliéner est établie, et l'usufruit aux personnes appelées à jouir des biens. Dans l'espèce, la vocation des enfants du frère de la légataire résultait clairement de l'acte; le testateur prévoyait le cas où la légataire voudrait disposer des biens donnés par testa-

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 17, note 22, et les auteurs qu'ils citent. Il faut ajouter Demolombe, t. XVIII, p. 173, n° 148.

ment, et il lui interdisait de disposer au profit d'un autre que les enfants de son frère. Si la légataire ne disposait pas, les enfants devaient recueillir les biens *ab intestat*, leur père et une sœur de la légataire n'étant appelés qu'à la jouissance des biens légués. Il y avait donc obligation de conserver et de rendre au profit des enfants (1).

463. La défense d'aliéner peut ne pas être absolue. Dans l'ancien droit, on considérait comme substitution la défense d'aliéner hors de la famille; l'usage des substitutions étant général, on présumait facilement que le testateur voulait conserver les biens au profit de l'aîné de ses enfants, afin de maintenir la splendeur de la famille. C'était donc une substitution présumée. Dans notre droit moderne, il ne peut plus être question de présumer une substitution, puisque ce serait présumer que le disposant a voulu faire un acte prohibé par la loi et nul comme tel. Il faut donc examiner la disposition en elle-même et voir si elle présente les caractères d'une substitution. Or, l'un des caractères, celui qui surtout l'a fait prohiber, c'est l'inaliénabilité des biens grevés de substitution. Ce caractère fait défaut dans la disposition qui défend simplement d'aliéner hors de la famille; les familles sont grandes, puisqu'elles embrassent tous les parents jusqu'au douzième degré, donc les biens ne sont pas placés hors du commerce; en réalité, ils ne doivent pas être conservés, et par suite il n'y a pas de substitution fidéicommissaire (2).

464. A plus forte raison n'y a-t-il pas de substitution lorsque le testateur se borne à interdire au légataire de disposer à titre gratuit des biens légués; le légataire reste libre de disposer comme il l'entend, à titre onéreux; donc les biens restent dans le commerce, car le commerce consiste précisément à vendre et à acheter, à emprunter, à hypothéquer. Dans une espèce qui s'est présentée devant la cour de cassation, il y avait un motif de douter. Il était dit dans le testament que, pour le cas d'aliénation à titre onéreux, le prix reviendrait, lors du décès du

(1) Caen, 5 décembre 1860, et Rejet, 7 mai 1862 (Dalloz, 1862, 1, 289).
(2) Aubry et Rau, t. VI, p. 18, note 24, et les auteurs qu'ils citent. Comparez Demolombe, t. XVIII, p. 173, n° 148.

légataire, à des appelés en second ordre. On se prévalait de cette clause pour en induire qu'il y avait charge de conserver la valeur des biens légués au profit des substitués. La cour de Rennes, en combinant les diverses clauses du testament, décida que telle n'était pas l'intention du testateur; il voulait laisser à sa femme, légataire universelle, un pouvoir absolu de disposer à titre onéreux; les immeubles qui se retrouveraient en nature dans la succession étaient affectés au payement des dettes qu'elle aurait contractées; il en était de même des deniers provenus de la vente des biens aliénés par la légataire; de sorte qu'il ne restait aux héritiers appelés en second ordre que les biens dont la légataire n'aurait point disposé et qui ne seraient pas absorbés par le payement de ses dettes; c'était donc une substitution *de eo quod supererit*, et nous dirons plus loin que ces substitutions ne sont pas prohibées par l'article 896 (1).

465. Par la même raison, la défense de tester n'équivaut pas à une substitution, le légataire à qui cette défense est imposée étant libre de disposer entre-vifs, même à titre gratuit; les biens restent donc dans le commerce, ce qui exclut toute idée de substitution fidéicommissaire. On objecte que les biens dont le légataire ne dispose pas doivent être rendus à ses héritiers. Il est vrai qu'il y a là une espèce de substitution, puisque, à sa mort, le légataire ne peut pas donner les biens par testament; mais il pourrait encore les donner par donation entre-vifs; en tout cas, c'est un de ces fidéicommis *de residuo* que l'article 896 n'a pas entendu prohiber (2).

466. L'obligation d'instituer un tel héritier implique-t-elle substitution? Il n'y a de substitution que lorsqu'il y a charge de conserver et de rendre. Donc pour que l'obligation d'instituer un tel héritier emporte substitution, il faut qu'il en résulte pour le légataire l'obligation de conserver la chose pour la rendre à celui qu'il doit

(1) Rejet, 11 février 1863 (Dalloz, 1863, 1, 232).

(2) Rejet, 11 août 1864 (Dalloz, 1864, 1, 468). Comparez les arrêts rapportés par Dalloz, au mot *Substitution*, n° 81, et Aubry et Rau, t. VI, p. 18, note 23, et les autorités qu'ils citent.



instituer héritier; tel serait le legs d'un domaine, avec charge de le léguer à un tiers. Le premier légataire n'en pourrait pas disposer entre-vifs, ni à titre onéreux, ni à titre gratuit, donc l'immeuble serait mis hors du commerce; il y a deux gratifiés, l'un directement, l'autre indirectement, puisque c'est par la volonté du premier disposant que le second légataire reçoit la chose du second testateur. Mais si la disposition qui oblige d'instituer tel héritier porte sur une universalité, elle n'empêche pas le légataire de disposer des biens entre-vifs; c'est seulement par voie de présomption et de conjecture que l'on pourrait décider que l'intention du testateur est que le légataire conserve les biens légués pour pouvoir les transmettre, à son tour, à un second légataire; or, sous l'empire du code civil, il ne peut plus être question de fidéicommis conjecturaux (1).

La jurisprudence est en ce sens. Un testateur institue sa femme héritière universelle, « pour par elle jouir des biens, en user et disposer à son décès en toute propriété. » Puis le testateur déclare que la femme survivante « sera tenue par son testament, que cette succession soit réversible aux héritiers collatéraux d'où sont provenus les biens. » Nous citons les termes incorrects de l'acte. Le testament de la femme au profit de son mari contenait la même disposition; l'intention des époux était que les biens laissés par un conjoint à l'autre fissent retour aux héritiers légitimes après la mort de l'époux légataire; mais cette obligation d'instituer les héritiers collatéraux à sa mort n'empêchait pas le survivant de disposer des biens pendant sa vie, puisque l'acte lui reconnaissait formellement ce pouvoir; donc il n'y avait, en réalité, qu'un fidéicommis *de eo quod supererit* (2).

La cour de Liége a porté la même décision par un autre motif qui nous semble douteux. Une femme avait institué son mari légataire universel avec cette clause : « *Je demande* qu'il établisse tous mes neveux et nièces

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 18, note 25, et p. 23, note 37. Demolombe, t. XVIII, p. 174, n° 155.
(2) Colmar, 6 février 1824 (Dalloz, au mot *Substitution*, n° 65).



indistinctement et par parts égales pour ses héritiers. » La cour interpréta le mot *demander* dans le sens de *prier*. C'est plus, c'est exiger, commander, en termes plus polis. Mais la cour n'avait pas besoin de cet argument contestable ; quand même la testatrice aurait ordonné de tester au profit de ses neveux, il n'en serait pas résulté une obligation juridique de conserver et de rendre, donc pas de substitution (1).

Y aurait-il substitution si le testateur chargeait son légataire universel de laisser, à sa mort, à ses deux fils aînés certains biens, en imposant aux héritiers présomptifs de ceux-ci l'obligation de transmettre les mêmes terres à leurs enfants à naître par ordre de primogéniture, de mâle en mâle? Ce serait imposer au légataire l'obligation de créer un fidéicommis perpétuel. La cour de Bruxelles annula la charge et l'institution en vertu de l'article 896. Cette décision a été critiquée, et avec raison. Le testateur qui ordonne à son légataire de créer une substitution ne fait pas lui-même une substitution, il impose seulement une charge illicite ; c'est donc le cas d'appliquer l'article 900 et d'effacer la condition, en maintenant la disposition principale, et non l'article 896, qui annule les deux dispositions (2).

487. Il y avait jadis une disposition usuelle dans les provinces flamandes. Le contrat de mariage instituait le survivant des époux héritier universel du prédécédé, avec plein pouvoir d'aliéner les biens de son vivant, mais avec cette clause qu'au cas où les biens se retrouveraient dans sa succession, les parents du prédécédé recueilleraient la moitié des biens délaissés par le dernier mourant. Cette clause avait pour objet de continuer la communauté après la mort de l'un des conjoints, d'investir le survivant du pouvoir illimité d'aliéner les biens entre-vifs et à titre onéreux, sauf à appeler, à sa mort, les parents du prémourant à la moitié des biens. Par ce pacte, le survivant conservait la fortune du prédécédé, ce qui le maintenait

(1) Liége, 30 mai 1836 (*Pasicrisie*, 1836, 2, 119).
(2) Bruxelles, 10 février 1809 (Dalloz, au mot *Substitution*, n° 86). Comparez Vazeille, t. II, p. 25, n° 35.

dans la même aisance dont il avait joui pendant la vie de son conjoint; il avait la faculté d'aliéner à titre onéreux, mais s'il n'aliénait pas, les héritiers du prédécédé étaient appelés à la moitié des biens, au décès du dernier mourant, comme si la communauté ne s'était dissoute qu'à ce moment; de sorte qu'ils profitaient de l'accroissement que la communauté avait reçu après la mort de l'un des conjoints; c'était donc aussi un moyen de conserver les biens dans les familles. Mais cela supposait que le survivant, fidèle à cet arrangement de famille, ne disposerait point sans nécessité. Ces clauses sont tombées en désuétude depuis la publication du code civil, qui ne permet plus de stipuler que la communauté continuera après la mort de l'un des époux (art. 1442 et 1388). La disposition pourrait encore se faire par testament réciproque; ce n'est autre chose que l'obligation de tester, imposée par deux époux qui disposent l'un au profit de l'autre. Il n'y a pas là de substitution, puisque l'époux institué a plein pouvoir d'aliéner entre-vifs. Seulement il est douteux que la disposition pût comprendre la moitié des biens délaissés par le dernier mourant, sans distinguer ceux qui proviennent du testateur et ceux qui appartiennent à l'héritier institué; le testateur ne peut pas disposer de la chose d'autrui, pas plus indirectement que directement (1).

N° 1. APPLICATION.

I. *De la clause de retour.*

468. L'article 951 permet au donateur de stipuler le droit de retour des objets donnés, pour le cas de prédécès du donataire, ou pour le cas de prédécès du donataire et de sa postérité. La loi ajoute que ce droit ne peut être stipulé qu'au profit du donateur seul. Quand le retour est

(1) Bruxelles, 7 février 1816 et 8 mars 1821 (*Pasicrisie*, 1816, p. 36, et 1821, p. 320); et 29 octobre 1825, avec substitution conditionnelle au cas où le survivant se remarierait. Il a été jugé que le survivant étant maître de disposer, il n'y a pas de substitution (*Pasicrisie*, 1825, p. 508). Comparez Voet, XXXVI, 1, 56.

stipulé au profit du donataire, il ne saurait être question de substitution, c'est une donation faite avec condition résolutoire. Quand la condition se réalise, la donation est résolue comme si elle n'avait jamais existé; par suite, il n'y a aucun gratifié, aucune transmission de biens.

Il s'est présenté une espèce dans laquelle il était douteux si le droit de retour était réellement stipulé au profit du donateur. Quatre sœurs, vivant en commun, font donation à leurs neveux d'une somme de 20,000 francs, avec cette clause que, si les donataires prédécèdent aux donatrices, la chose donnée retournera à celles-ci ou à la dernière survivante d'entre elles. La cour de Riom a jugé que le retour se ferait en vertu de l'article 951. Il y avait un motif de douter : quand quatre personnes donnent une somme de 20,000 francs, chacune n'est donatrice que pour 5,000 francs, et elle ne peut stipuler le retour que pour ce qu'elle donne; en stipulant le retour pour toute la chose donnée, ne dépassait-on pas l'article 951? les donatrices qui prédécédaient ne réservaient-elles pas le retour au profit d'un tiers, celle de leurs sœurs qui survivrait aux donataires? D'après les principes généraux, il faudrait certainement le décider ainsi. La cour de Riom répond que la donation de 20,000 francs était faite conjointement par les quatre sœurs et par chacune d'elles par égalité, ainsi qu'elles s'expriment, ce qui indiquait une *espèce de solidarité* qui les identifiait. Nous doutons fort que cette interprétation soit exacte. Donner par *égalité*, ce n'est pas donner solidairement, c'est donner chacun une part égale. Aussi la cour n'ose-t-elle pas dire qu'il y avait solidarité, elle dit que c'était une espèce de solidarité : c'est ne rien dire. La donation est solidaire ou elle ne l'est pas; si elle ne l'est pas, elle se divise, et si elle se divise, il y a autant de donations que de donatrices, et chacune ne peut stipuler le retour que pour ce qu'elle donne (1). Nous citons cet exemple pour tenir nos jeunes lecteurs en garde contre les mots vagues

(1) Riom, 25 février 1825, sous la présidence de Grenier (Dalloz, au mot *Substitution*, n° 199).



dont parfois les tribunaux et les auteurs se contentent en guise de raisons. Il ne suffit pas de dire qu'il y a une *espèce de solidarité* pour qu'on ait le droit d'appliquer les principes qui régissent la solidarité. Il ne suffit pas davantage que la donation ait été faite par des copropriétaires, car ils peuvent néanmoins donner chacun pour sa part.

469. Si le retour est stipulé au profit d'un tiers, on ne se trouve plus dans le cas prévu par l'article 951. La clause de retour que la loi autorise n'est autre chose que la condition résolutoire que le donateur attache à la libéralité qu'il fait; quand la donation est résolue, elle est censée n'avoir jamais existé, donc le donateur est resté propriétaire. C'est en ce sens que les biens lui retournent; à vrai dire, il en est toujours resté propriétaire. On ne peut plus en dire autant quand le retour est stipulé au profit d'un tiers; le tiers ne peut être considéré comme ayant toujours été propriétaire, puisqu'il ne l'a jamais été. Si donc les biens lui sont transmis, c'est en vertu d'une libéralité faite sous l'apparence du retour. Par conséquent il y a un premier gratifié, le donataire, qui a reçu les biens sous clause de retour; et il y en a un second qui les reçoit à la mort du donataire, s'il décède sans postérité. Donc deux libéralités faites successivement avec charge virtuelle de conserver et de rendre; ce sont les caractères constitutifs de la substitution fidéicommissaire.

Telle est la doctrine généralement suivie (1). Nous croyons qu'elle est trop absolue. Il faut voir quelle est l'intention du disposant. S'il a voulu gratifier le premier donataire et, après lui, celui au profit duquel le retour est stipulé, il n'y a pas de doute; la disposition est une substitution fideicommissaire sous forme d'une clause de retour. Mais si le donateur disait qu'en cas de mort sans enfants la libéralité sera résolue et considérée comme non avenue et que, dans cette éventualité, il donne les biens à un tiers qui sera censé les avoir reçus dès le prin-

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 14, note 14. Demolombe, t. XVIII, p. 121, n° 110.

cipe, cette disposition ne serait pas une substitution, à notre avis. Ce serait une donation, au profit du premier donataire, sous condition résolutoire et, au profit du second, sous condition suspensive. Il n'y aurait, dans toute hypothèse, qu'une seule libéralité, donc ni institué, ni substitué, partant pas de substitution (nos 443 et 446).

La jurisprudence annule les dispositions faites avec clause de retour au profit d'un tiers comme entachées de substitution. Il y a sur cette question un arrêt remarquable de la cour de cassation rendu sur le rapport de Chabot. Une donation universelle est faite par contrat de mariage aux futurs époux; puis un immeuble est excepté de cette donation; la donatrice en dispose avec cette clause que si le donataire particulier décède sans enfants, l'immeuble à lui donné appartiendra en propriété au donataire universel. On voit que l'acte ne parle ni de retour ni de condition résolutoire; l'immeuble donné purement et simplement passe au second donataire sous condition suspensive, sans que la première donation soit résolue. Il en résulte qu'il y a deux gratifiés : le premier donataire doit conserver la chose, et ses héritiers, à sa mort, s'il décède sans enfants, doivent la rendre au second donataire. Partant il y a un institué et un substitué; le substitué est appelé conditionnellement, mais peu importe, puisque la substitution conditionnelle est aussi prohibée. On prétendait que c'était une donation avec clause de retour; ce serait, dit l'arrêt, altérer l'acte sous prétexte de l'interpréter; la donation ne portait pas que le bien donné retournerait au donataire universel, et elle ne pouvait pas le dire, puisque le retour signifie réversion à un précédent propriétaire, et le donataire universel n'avait jamais été propriétaire, l'immeuble étant excepté de la donation. On objectait encore que l'intention des parties n'avait pas été de faire une substitution. Peu importe, répond la cour; il ne s'agit pas de ce que les parties ont voulu faire, il faut voir ce qu'elles ont fait; or, elles ont fait une véritable substitution (1). Il en serait de même si

(1) Cassation, 22 juin 1812 (Dalloz, au mot *Substitution*, no 203, 2o).



le disposant avait dit que les biens retourneraient à un tiers, sans dire que la première donation serait résolue : le retour à un tiers est chose impossible, et puisque la première libéralité n'est pas résolue, il y en a deux avec ordre successif, donc substitution (1).

430. Le retour stipulé au profit des héritiers est-il une substitution prohibée? Il règne une grande confusion dans la doctrine sur cette question. La jurisprudence distingue si le retour a été stipulé pour le donateur et ses héritiers, ou s'il a été stipulé pour les héritiers seuls. Examinons d'abord la première hypothèse. L'article 951 ne permet pas de stipuler le retour pour le donateur et ses héritiers; il porte que ce droit ne peut être stipulé qu'au profit du donateur seul. La stipulation du retour au profit du donateur et des héritiers est donc illicite en ce qui concerne les héritiers. Mais quel sera l'effet de cette disposition? La difficulté est de savoir si la stipulation au profit des héritiers doit être considérée comme une condition illicite ou comme une substitution prohibée. Si c'est une simple condition illicite, il faut appliquer l'article 900, aux termes duquel les conditions contraires à la loi sont réputées non écrites; on efface la condition relative aux héritiers et on maintient la disposition qui contient la condition illicite. Si, au contraire, l'on considère le retour stipulé au profit du donateur et de ses héritiers comme une substitution, il faut appliquer l'article 896, et cet article annule non-seulement la substitution, mais toute la disposition, de sorte que le donataire même ne profite pas de la libéralité qui lui a été faite. Nous croyons que la stipulation du retour au profit du donateur et de ses héritiers ne contient pas une substitution fidéicommissaire.

L'article 951, qui ne permet de stipuler le retour qu'au profit du donateur seul, ne dit pas que s'il est stipulé au profit du donateur et de ses héritiers, il y aura substitution prohibée. Tout ce que l'on peut induire de l'arti-

(1) Rejet. 18 avril 1849 (Dalloz, au mot *Substitution*, n° 259). Comparez Rennes, 1er mai 1860 (Dalloz, 1861, 2, 85); Angers, 24 novembre 1871 (Dalloz, 1872, 2, 208).

cle 951, c'est que cette stipulation est prohibée, mais la loi ne dit pas quelles seront les conséquences de la prohibition. Le but du législateur a été d'empêcher que, sous le nom de retour, on ne cachât une substitution fidéicommissaire. Il faut donc voir si la clause qui stipule le retour pour le donateur et ses héritiers présente les caractères d'une substitution. A notre avis, c'est une simple condition résolutoire. Si le donateur disait qu'il donne tel bien sous la condition que, si le donataire vient à décéder sans postérité, la donation sera résolue, cette disposition serait valable, puisque l'on peut faire une donation sous condition résolutoire. Et quel sera l'effet de cette donation? Si la condition se réalise, la donation sera résolue, c'est-à-dire qu'elle sera censée n'avoir jamais existé; d'où suit que les biens seront censés n'être jamais sortis du patrimoine du donateur; la résolution profite donc nécessairement au donateur et à ses héritiers. Eh bien, tel est aussi l'effet d'une clause de retour stipulée au profit du donateur et de ses héritiers. La clause de retour n'est autre chose qu'une condition résolutoire, et elle en produit tous les effets. Cela décide la question. La donation étant résolue, il n'y a jamais eu de libéralité; et comment veut-on qu'il y ait une substitution là où il n'y a ni institué ni substitué? Loin qu'il y ait deux libéralités faites dans un ordre successif, il n'y en a aucune.

Faut-il conclure de là qu'il est permis de stipuler le retour au profit du donateur et de ses héritiers? Si la question pouvait être décidée d'après les principes, il faudrait répondre affirmativement sans hésiter. Il n'y a pas une ombre de substitution dans une stipulation pareille; c'est une donation sous condition résolutoire, et il n'a jamais été défendu de faire une donation, pas plus que tout autre contrat, sous condition résolutoire. Mais le texte de l'article 951 défend ce que les principes permettent; dire que le retour ne peut être stipulé qu'au profit du donateur *seul*, c'est bien dire qu'il ne peut l'être pour le donateur et ses héritiers; la stipulation du retour au profit des héritiers est donc une clause illicite, et, par conséquent, il faut l'effacer, d'après l'article 900. Le législa-

teur n'a pas réfléchi que la clause de retour au profit du donateur et de ses héritiers est une vraie condition résolutoire et n'a rien de commun avec la substitution fidéicommissaire. Il résulte de l'article 951 une singulière anomalie. On ne peut pas stipuler le *retour* pour le donateur et ses héritiers ; tandis que l'on peut faire la donation sous condition résolutoire ; et, cependant, au fond les deux clauses sont identiques. Dira-t-on qu'il faut tirer de cette identité une autre conséquence, c'est que la défense de stipuler le retour au profit du donateur et de ses héritiers implique la défense de faire une donation sous condition résolutoire? Ce serait étendre l'article 951 au delà du texte tout ensemble et au delà de l'esprit de la loi. Ce que le législateur a entendu prohiber, c'est une substitution déguisée sous une clause de retour ; or, une donation sous condition résolutoire n'est certes pas une substitution.

La jurisprudence est en ce sens. Une donation est faite par contrat de mariage avec stipulation de retour, en cas de prédécès de la donataire sans enfants, *soit aux donateurs, soit à leurs héritiers*. La cour de Bordeaux a décidé que cette stipulation contient, non une substitution, mais une extension du droit de retour contraire à la loi ; en conséquence, elle valide la donation, mais en déclarant non écrite la clause de retour stipulée au profit des héritiers. Dans les considérants de l'arrêt, la cour allait plus loin ; elle disait en termes absolus que l'article 951 prévoyait une hypothèse toute différente de celle de l'article 896 ; cela impliquait que la clause de retour ne renferme jamais de substitution. Nous venons d'établir le contraire dans le cas où le retour est stipulé au profit d'un tiers (n° 469) ; aussi la cour de cassation, en rejetant le pourvoi dirigé contre l'arrêt de la cour de Bordeaux, s'est-elle bornée à approuver la décision sans s'approprier les motifs (1).

La cour de Toulouse, dans une espèce analogue, avait

(1) Rejet, 8 juin 1836 (Dalloz, au mot *Substitution*, n° 201). Comparez Montpellier, 25 avril 1844 (Dalloz, 1845, 2, 86). Comparez Aubry et Rau, t. VII, p. 24, note 38.

annulé la disposition en la considérant comme une substitution fidéicommissaire. Sa décision a été cassée. Il ne faut pas confondre, dit la cour de cassation, la donation avec clause de retour et la substitution. L'article 951 permet de stipuler le retour au profit du donateur, il défend de le stipuler au profit d'un autre que le donateur; mais quand le donateur a dépassé les limites de l'article 951, la loi ne prononce pas la nullité de la donation; ce sera une stipulation illicite que le code répute non écrite (art. 900), mais qui n'entraîne pas la nullité de la disposition principale. L'arrêt est conçu en termes trop généraux; on pourrait croire que la cour entend que, dans toute hypothèse, le retour est régi par l'article 900; ce n'est certes pas là sa pensée, puisqu'il est de jurisprudence constante que le retour stipulé au profit d'un tiers est une substitution; il faut donc mettre l'arrêt en rapport avec l'espèce dans laquelle il a été porté et le limiter au cas du retour stipulé au profit du donateur et de ses héritiers.

471. Il y a une autre restriction à faire à la doctrine que nous venons d'exposer. Les auteurs supposent que le retour a été stipulé au profit du donateur et de ses héritiers. Que faudrait-il décider si l'acte portait qu'à défaut du donateur les biens retourneront à des tiers qui ne sont pas ses héritiers? ou, ce qui vient au même, si le retour était stipulé pour le donateur et un tiers? Dans ce cas, le retour au profit du tiers serait une vraie substitution. Dans l'opinion que nous avons enseignée, cela n'est pas douteux. Le retour est une condition résolutoire; or, la résolution ne peut profiter qu'à celui qui a été et qui est censé, quand la condition se réalise, avoir toujours été propriétaire. Tels sont le donateur et ses héritiers; mais le tiers, n'ayant jamais eu la propriété de la chose donnée, ne peut certes pas être censé l'avoir toujours conservée. Il l'acquiert donc en vertu de la clause de retour. Reste à savoir si c'est comme substitué ou si c'est en vertu de la résolution de la première donation. Si c'est comme substitué, c'est-à-dire si le donateur a entendu gratifier le premier donataire et, après lui, le

second, il y aura substitution prohibée et, par suite, nullité. Dans la clause, telle que nous l'avons formulée, l'intention du donateur n'est point de faire une double libéralité avec ordre successif, puisqu'il commence par stipuler le retour pour lui, c'est-à-dire la résolution de la donation ; c'est donc par suite de la résolution de la donation que les biens passent au tiers; par conséquent il les reçoit, non du premier donataire, qui est censé n'avoir jamais été gratifié, il les reçoit directement du donateur, ce qui exclut toute substitution.

Dans l'opinion générale qui admet que le retour au profit d'un tiers implique toujours une substitution, il faut décider que la clause qui stipule le retour pour le donateur et pour un tiers est nulle comme entachée de substitution. Ce n'est plus une extension illégale du droit de retour; car on ne peut étendre le retour à un cas où le retour est impossible : conçoit-on le retour des biens à un tiers qui ne les a jamais possédés? C'est donc, sous le nom de retour, une vraie substitution. On n'en peut dire autant quand le retour est stipulé au profit du donateur et de ses héritiers. Dans ce cas, le retour serait possible, puisque si les héritiers n'ont pas été propriétaires, le donateur l'a été, et les héritiers ne font qu'un avec lui (1). Cela est très-juste si la première donation n'est pas résolue; il y a alors deux gratifiés avec ordre successif et, par conséquent, substitution. Cela n'est plus vrai, à notre avis, lorsque la clause de retour produit la résolution de la première libéralité; et tel est certainement le cas général, puisque le retour implique une condition résolutoire.

472. Il reste une dernière hypothèse, et c'est la plus controversée. Le retour est stipulé au profit des héritiers sans l'avoir été pour le donateur. Est-ce une substitution prohibée, ou est-ce une clause nulle et, comme telle, réputée non écrite? A notre avis, il n'y a pas de substitution; c'est une clause de retour que la loi défend et qui tombe, par conséquent, sous l'application de l'article 900;

(1) Demolombe, t. XVIII, p. 126, III, n° 112.

elle sera effacée, et la disposition à laquelle elle était attachée restera valable. Il n'y a pas de substitution. En effet, la clause de retour est une condition résolutoire qui, lorsqu'elle se réalise, opère la résolution de la donation; la donation étant résolue, les biens donnés reviennent au donateur ou à ses héritiers. Stipuler le retour au profit des héritiers, c'est donc stipuler ce qui arrive, de droit, en cas de résolution de la donation. Il n'y a pas de premier gratifié, puisque la libéralité qui lui avait été faite est résolue. Donc pas d'institué. Y a-t-il un substitué? Pas davantage. Car, en réalité, les héritiers auxquels les biens retournent ne sont pas gratifiés; ils auraient reçu les biens en vertu de la résolution, quand même il n'y aurait eu aucune stipulation à leur profit; en tout cas, ce n'est pas comme substitués qu'ils reçoivent les biens, puisqu'il n'y a pas d'institués, donc il n'y a pas de substitution. D'après les vrais principes, la clause devrait être valable, puisque ce n'est rien qu'une condition résolutoire; mais le code la prohibe, donc elle est nulle, et elle doit être réputée non écrite, aux termes de l'article 900 (1).

Cette opinion n'a pas trouvé faveur. On enseigne généralement que la clause de retour stipulée au profit des héritiers contient une substitution prohibée. Ce n'est pas une clause de retour, dit-on, car on ne peut pas stipuler que les biens retournent à celui qui ne les a jamais possédés. La clause n'a donc du retour que le nom; le donateur s'est réellement dessaisi, au profit du donataire, des biens donnés, et il a fait, au profit de ses héritiers, une disposition éventuelle en second ordre, pour le cas où le donataire viendrait à décéder sans postérité (2). Cela ne nous paraît pas exact. Une donation faite avec clause de retour n'est pas une donation pure et simple, elle transmet, à la vérité, la propriété au donataire, mais sous condition résolutoire; donc quand la condition du décès sans enfants se réalise, la donation est résolue. Que de-

(1) Comparez Demante, t. IV, p. 21, n° 10 *bis* IX. Duranton, t. VIII, p. 100, n° 93.
(2) Aubry et Rau, t. VI, p. 23, note 38. Demolombe, t. XVIII, p. 123, n° 111.

viennent alors les biens? Ils reviennent au donateur ou à ses héritiers. Il ne reste plus aucune libéralité, donc il ne peut être question de substitution. Dans l'opinion que nous combattons, on ne tient aucun compte de la clause de retour; on interprète la donation comme si le donateur avait dit : « Je donne à Pierre, et s'il meurt sans enfants, je lui substitue mes héritiers. » C'est altérer la clause, car c'est effacer la clause de retour et transformer une donation avec condition résolutoire en donation sans condition; l'interprète n'a pas ce droit-là.

473. La jurisprudence s'est prononcée pour l'application de l'article 896. Quand on entre dans le détail des arrêts, ils perdent de leur autorité. On lit dans un arrêt de la cour de Riom, rendu sous la présidence de Grenier, que tout retour qui n'est pas stipulé au profit du donateur est une substitution fidéicommissaire (1). Nous écartons cette décision, beaucoup trop absolue; il est inutile de la combattre, la jurisprudence n'ayant pas consacré cette doctrine. Il y a d'autres arrêts qu'il faut écarter également, les uns parce qu'ils ne sont pas motivés (2), les autres parce qu'ils ne décident pas formellement la difficulté. Ainsi dans une espèce il s'agissait du retour stipulé au profit du donataire universel (3); dans une autre, la cour de cassation insiste elle-même sur une circonstance particulière, c'est que le retour était stipulé, non au profit des héritiers en général, mais au profit d'un individu déterminé (4). Quant aux arrêts de principes, les motifs qu'ils donnent ne nous ont pas convaincu. Que dans l'ancien droit le retour stipulé au profit des héritiers ait été considéré comme une substitution, cela est très-naturel, puisque les substitutions étaient vues avec faveur, à ce point qu'on les présumait facilement (5).

Dans plusieurs espèces, on pouvait soutenir qu'il n'y avait pas de vraie condition résolutoire, c'est-à-dire que

(1) Riom, 9 août 1829 (Dalloz, au mot *Substitution*, n° 200).
(2) Rejet, 16 juillet 1807 (Dalloz, au mot *Substitution*, n° 203, 1°). Cassation, 5 mars 1866 (Dalloz, 1866, 1, 123).
(3) Cassation, 22 juin 1812 (Dalloz, au mot *Substitution*, n° 203, 2°).
(4) Cassation, 22 janvier 1839 (Dalloz, au mot *Substitution*, n° 30).
(5) Rejet de la chambre civile, 8 mai 1829 (Dalloz, n° 203, 3°).

si la clause de retour, ou une clause analogue, se réalisait, la première donation n'était pas résolue, et alors il est vrai de dire, avec les arrêts, que le premier donataire est chargé de conserver et de rendre, sous condition, au second gratifié, ce qui implique une substitution prohibée. Ainsi un testateur institue pour héritier universel son frère avec cette clause : « Je me réserve, si mon *héritier* venait à décéder sans enfants ; je veux que mon bien *vienne* à mes sœurs. » Le mot de *retour* ne se trouve pas dans l'acte : le testateur lègue purement et simplement à son frère, il déclare que c'est son *héritier*; donc il le gratifie; s'il meurt sans enfants, le testateur ne dit pas que le legs sera résolu, il veut que, dans ce cas, ses sœurs viennent à son hérédité. Voilà bien deux libéralités qui s'ouvrent successivement; la cour de Nîmes a eu raison de décider qu'il y avait substitution (1). De même si la testatrice lègue la nue propriété de tous ses immeubles avec cette clause : « Dans le cas où la légataire viendrait à décéder sans postérité après avoir recueilli la propriété de mesdits immeubles, je veux et entends qu'ils *retournent* à mes héritiers, auxquels, en tant que le besoin est, j'en fais don et legs. » Le mot de *retour* se trouve dans la disposition, mais l'on ne voit pas que la testatrice l'emploie comme synonyme de condition résolutoire; la cour d'Amiens a donc pu juger qu'il y avait deux libéralités faites avec ordre successif (2). La question est le plus souvent une question de fait; il s'agit de savoir ce que le testateur a entendu par *retour* ou une expression analogue. S'il a voulu gratifier le premier donataire, sans résoudre la donation en cas de dcéès sans enfants, il y aura deux libéralités successives et partant substitution. La cour de cassation l'a jugé ainsi dans un cas où le testateur avait dit que les biens légués devaient *entrer* dans les mains du légataire quittes et nets de tout droit de mutation, et *rentrer* dans la succession du testateur, en cas de décès du légataire sans enfants. Est-ce une condition résolu-

(1) Nîmes, 4 avril 1827 (Dalloz, au mot *Substitution*, n° 203, 5°).
(2) Amiens, 7 décembre 1868 (Dalloz, 1869, 2, 60).

toire? est-ce une double libéralité? La cour de cassation a jugé que, dans l'intention du testateur, la propriété des immeubles passait au premier légataire, lequel devait les laisser, à son décès, aux héritiers institués(1). Il va sans dire que, dans ce cas, il y a substitution.

La jurisprudence belge est conforme à la jurisprudence française. Elle décide, d'une manière trop absolue, nous semble-t-il, que la donation est une substitution dès que la clause de retour est stipulée en faveur des héritiers du donateur. Nous devons nous arrêter à un arrêt de la cour de Bruxelles rendu sur les conclusions du procureur général Daniels. Le réquisitoire établit très-bien la différence qui existe entre la clause de retour et la substitution. Dans la substitution, il y a deux libéralités, le disposant ne stipule rien pour lui-même. Dans la clause de retour, il n'y a qu'une seule libéralité, qui transporte immédiatement la propriété au donataire; mais la donation est résolue si la condition du retour se réalise, de sorte que le donateur stipule en sa faveur; tandis que, dans la substitution, il dispose en faveur de l'institué et du substitué. Cela est très-exact. Mais en faut-il conclure, avec Daniels et la cour de Bruxelles, que la donation avec clause de retour au profit des héritiers est nécessairement une substitution (2). Nous croyons que cela serait trop absolu. Est-il vrai que le donateur ne stipule rien pour lui-même? Stipuler pour ses héritiers, c'est aussi stipuler pour soi. Puis ne faut-il pas appliquer le principe que la clause de retour est une condition résolutoire? Elle peut, il est vrai, ne pas être une condition résolutoire. Nous en concluons qu'il ne faut pas de décision absolue; l'on doit voir ce que le donateur a entendu par le retour qu'il a stipulé : si c'est une résolution, on applique les articles 951 et 900: si ce n'est pas une résolution, il y a substitution et nullité en vertu de l'article 896.

474. Nous avons toujours supposé, avec l'article 951, que la clause de retour est stipulée dans une donation.

(1) Cassation, 11 décembre 1860 (Dalloz. 1861, 1, 25).

(2) Cassation, 5 novembre 1816 (*Pasicrisie*, 1816, p. 217). Comparez Bruxelles, 31 octobre 1864 (*Pasicrisie*, 1866, 2, 172).

Que faut-il décider si le testateur lègue avec clause de retour? Daniels dit que le testateur ne peut pas disposer sous cette condition. En effet, c'est une condition résolutoire stipulée dans l'intérêt du disposant; il faut donc qu'au moment où elle se réalise, le disposant puisse profiter de la résolution. Or, les libéralités testamentaires ne s'ouvrent qu'à la mort de celui qui les fait, donc il est impossible que le disposant en profite; d'où suit que la résolution ne peut être stipulée en sa faveur. Voilà pourquoi, dit-on, le droit de retour n'a point lieu en matière de testament (1). C'est une conséquence évidente du principe posé par l'article 951, qui ne permet de stipuler le droit de retour qu'au profit du donateur. Mais ce principe ne résulte pas de la nature de la condition résolutoire; rien n'empêche de stipuler la condition résolutoire dans un legs; la résolution profitera aux héritiers du testateur. Ainsi ce que l'on ne peut pas faire sous le nom de droit de retour, on peut le faire sous forme de condition résolutoire! Cela prouve que l'article 951 déroge aux principes qui régissent les conditions, comme nous en avons déjà fait la remarque.

II. *Du fidéicommis* de residuo.

1. CE FIDÉICOMMIS EST-IL UNE SUBSTITUTION PROHIBÉE?

475. On entend par fidéicommis *de residuo* ou *de eo quod supererit* la disposition par laquelle le donataire ou légataire est chargé de rendre, à son décès, ce qui lui restera des biens donnés ou légués. Cette disposition tombe-t-elle sous la prohibition de l'article 896? Après quelque hésitation, la doctrine et la jurisprudence ont reconnu que le fidéicommis *de residuo* n'est pas une substitution fidéicommissaire, et cette substitution est la seule que l'article 896 prohibe. La loi annule la disposition par laquelle l'institué est chargé de *conserver et de rendre* à un tiers les biens qu'il a reçus du disposant. Or, dans le

(1) Amiens, 25 février 1837 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 135). Toulouse, 30 juin 1840 (Dalloz, au mot *Substitution*, n° 203, 5°).

fidéicommis *de residuo* il n'y a pas charge de conserver, puisque l'institué est seulement tenu de rendre ce qui restera; il a donc la faculté illimitée de disposer comme il l'entend. Il en était autrement dans le droit romain; le grevé ne pouvait disposer que pour des besoins réels, à titre onéreux, par conséquent, et de bonne foi; il en résultait que l'institué était obligé de conserver dans une certaine limite; Justinien fixa au quart la quotité des biens qu'il devait rendre. Il y avait donc substitution valable pour un quart. La tradition romaine fit d'abord croire à Roland de Villargues que les fidéicommis *de residuo* devaient être entendus dans le même sens qu'à Rome et que, par suite, ils étaient prohibés. Cette opinion, vivement combattue par Toullier, ne trouva pas faveur. La tradition, en cette matière, est un guide qui égare. Les Romains cherchaient à donner effet aux fidéicommis, qui étaient vus avec faveur; tandis que le code les prohibe. Or, les prohibitions, quand même elles sont fondées sur des motifs d'ordre public, sont de droit étroit. Toute substitution, dit Toullier, n'est pas prohibée, il faut qu'elle présente les caractères déterminés par la loi; la loi exige la charge de conserver, et cette charge ne se rencontre pas dans le fidéicommis *de residuo;* car les lois romaines qui obligeaient le grevé de conserver dans une certaine mesure sont abrogées. L'esprit de la loi ne laisse aucun doute. C'est la substitution fidéicommissaire de l'ancien régime que le législateur a voulu abolir, c'est-à-dire la substitution avec la charge de conserver, la substitution qui mettait les biens substitués hors du commerce en les frappant d'inaliénabilité. Dès que l'institué peut disposer des biens substitués, il n'y a plus de substitution dans le sens de l'article 896 (1). Nous croyons qu'il faut aller plus loin et dire que le fidéicommis *de residuo* n'est pas une substitution. Plus loin, nous le prouverons. Pour le moment, nous employons les termes usités de substitution, de grevé, de substitué, mais en faisant nos réserves.

(1) Toullier, t. III, 1, p. 24, n° 38, et p. 25, note 1. Aubry et Rau, t. VI, p. 18 et note 27, et les auteurs qui y sont cités; Demolombe, t. XVIII, p. 155, n° 133.



Le fidéicommis *de residuo*, loin d'être nuisible, présente un avantage qui l'a fait adopter dans nos provinces flamandes, où il est très-usité entre époux. S'ils n'ont pas d'enfants, l'amour qu'ils se portent les engage à laisser au survivant la fortune de celui qui prédécède, afin que, souffrant dans ses affections, il ne souffre point dans ses intérêts, et qu'après avoir vécu ensemble dans des habitudes d'aisance, celui qui survit, réduit à ses biens propres, ne soit pas exposé à des privations. Cependant les époux ne veulent pas dépouiller non plus leurs familles des biens qu'ils en ont reçus. Ils n'ont que deux moyens de disposer au profit de leur conjoint : par fidéicommis, ou en usufruit, comme le faisaient nos anciennes coutumes, ce qui expose l'usufruitier à bien des ennuis et des tracasseries, et ne lui permet point de disposer alors même qu'il serait dans la nécessité de le faire. Le fidéicommis *de residuo* concilie tous les intérêts. Il assure au survivant la jouissance et la disposition des biens du prédécédé, sans dépouiller les familles; car le survivant a l'obligation morale de bien gérer le patrimoine du défunt et de le laisser en mourant aux héritiers du disposant (1).

Telles sont les dispositions usitées en Belgique dans les contrats de mariage : le survivant des époux est institué héritier du prédécédé, avec plein pouvoir de disposer à titre onéreux; les actes portent d'ordinaire qu'il peut tout consumer jusqu'au dernier sou. A sa mort, sa succession se partage par moitié entre les deux familles; de sorte que les parents du conjoint prédécédé ont une part dans les biens, à moins que le survivant n'use du droit absolu qu'il a de tout dépenser (2). La même disposition peut se faire par testament, soit sous forme de substitution avec charge de rendre, soit sous forme d'institution au profit d'un parent du testateur, lequel ne recueillera que ce que le conjoint survivant laissera (3).

(1) Demolombe, t. XVIII, p. 161, n° 136.
(2) Voyez, plus haut, n° 467. Gand, 13 décembre 1838 (*Pasicrisie*, 1838, 2, 261).
(3) Liége, 31 mai 1824 (*Pasicrisie*, 1824, p. 134); Bruxelles, 25 juillet 1827 (*ibid.*, 1827, p. 256); La Haye, 25 juillet 1823 (*ibid.*, 1823, p. 483); Liége, 23 avril 1829 (*ibid.*, 1829, p. 161); Liége, 7 novembre 1843 (*ibid.*, 1844, 2, 308).

476. Dans les premières années qui suivirent la publication du code civil, la jurisprudence fut hésitante. La cour de Bruxelles annula un fidéicommis *de residuo* en se fondant sur ce que l'institué ne pouvait pas disposer par testament des biens qui lui restaient à sa mort; il devait donc les conserver et les rendre au substitué; la cour en conclut qu'il y a substitution fidéicommissaire pour le résidu des biens (1). C'est une erreur palpable. En effet, au moment même où l'institué est tenu de conserver, selon la cour de Bruxelles, il a la faculté d'aliéner à titre onéreux et même à titre gratuit; et peut-on dire de celui qui a le droit illimité de disposer qu'il est obligé de conserver? Cependant le même argument a été reproduit sous une autre forme, par la cour de Paris, dans un arrêt plus récent. Le fidéicommis *de residuo*, dit-elle, contient une restriction au droit de propriété, puisque l'institué devant rendre ce qui lui reste des biens donnés ou légués, n'a pas le pouvoir d'en disposer par testament (2). Cela est vrai, mais toute restriction apportée au droit de propriété n'est pas une substitution. La disposition que l'article 896 prohibe fait plus que restreindre la faculté de disposer; elle défend au grevé de disposer entre-vifs, et à cause de mort, à titre gratuit et à titre onéreux; elle met les biens hors du commerce; voilà pourquoi le législateur la prohibe et l'annule. Peut-on dire que les biens sont hors du commerce parce que l'institué ne peut en disposer par testament? Cela ne regarde pas le commerce. Tout ce que l'on peut soutenir, c'est que l'obligation de rendre ce qui reste des biens est contraire à la loi dans le sens de l'article 900. Nous reviendrons plus loin sur cette difficulté.

La cour de cassation de France a toujours jugé que le fidéicommis *de residuo* n'est pas une substitution; elle en donne une raison qui est irréfutable, c'est que le donataire ou le légataire chargé de *rendre* n'est pas obligé de *conserver*. Il en résulte une conséquence très-importante au point de vue des principes, c'est que les héritiers du disposant auxquels les biens restants doivent être rendus

(1) Bruxelles, 6 décembre 1809 (Dalloz, au mot *Substitution*, n° 209).
(2) Paris, 16 décembre 1833 (Dalloz, au mot *Substitution*, n° 67, 5°).

ne tiennent pas leur droit du disposant, car il a permis au légataire ou donataire de tout dépenser, jusqu'au dernier sou; si les héritiers recueillent les biens ou ce qui en reste, c'est que l'institué n'a pas disposé des biens comme il en avait le droit; ainsi les héritiers tiennent leur droit du grevé, tandis que, dans les vraies substitutions, le grevé n'est que l'intermédiaire par lequel les biens leur parviennent (1).

477. La jurisprudence des cours de France et de Belgique est aujourd'hui unanime en ce sens (2). Elle se fonde sur le texte et l'esprit de l'article 896, qui ne prohibe que la disposition avec charge de *conserver*, et cette obligation n'existe pas dans le fidéicommis *de residuo*. De là est née une autre difficulté. On suppose que le testateur a défendu au légataire de disposer à titre gratuit; il y a là une nouvelle restriction au droit de propriété, puisque le propriétaire ne pourra pas donner entre-vifs. Est-ce à dire que le fidéicommis *de residuo* devienne, dans ce cas, une substitution fidéicommissaire? Non, car les biens ne sont pas placés hors du commerce, le légataire grevé de la charge de rendre ce qui restera a le droit d'aliéner à titre onéreux d'une manière illimitée; donc il n'est pas obligé de conserver et, par conséquent, il n'y a pas de substitution. L'entrave qui résulte de la défense de donner ne suffit point pour que la disposition présente les inconvénients d'une substitution. Ce qui importe à l'intérêt général, c'est que les biens puissent être vendus et achetés; or, le fidéicommis *de residuo* permet de vendre les biens. Cela est décisif (3).

478. La question devient plus difficile lorsque le testateur, en chargeant le légataire de rendre, lui permet de vendre *en cas de besoin*. Elle partage les auteurs. Il nous semble que c'est une question d'intention; il faut voir ce que le disposant entend dire par ces mots *en cas*

(1) Rejet, 14 mars 1832 (Dalloz, au mot *Substitution*, n° 69, 3°).

(2) Voyez les arrêts cités par Dalloz, au mot *Substitution*, n°s 69 et 70. Et, *suprà*, n°s 467 et 474.

(3) La Haye, 25 juillet 1823 (Dalloz, 1823, p. 483). Aubry et Rau, t. VI, p. 19, note 28. Coin-Delisle, p. 49, n° 31 de l'article 896. Demolombe, t. XVIII, p. 164, n° 138.

de besoin. S'il a entendu constituer le légataire seul juge de ses besoins, en l'affranchissant de tout contrôle ainsi que de toute justification à faire pour l'exercice de la faculté qu'il lui accorde d'aliéner, alors il n'y a pas de charge de conserver, puisque le légataire peut aliéner à sa guise; ce qui exclut l'obligation de conserver (1). Mais si l'intention du testateur est que le légataire ne puisse aliéner qu'en cas de nécessité constatée, de sorte qu'en principe le légataire soit obligé de conserver les biens, il y aura par cela même substitution; le texte et l'esprit de l'article 896 sont applicables, puisque l'institué ne peut pas aliéner, sauf dans le cas d'impérieuse nécessité dûment justifiée; par suite les biens sont hors du commerce frappés d'inaliénabilité (2) : ce sont les caractères de la substitution prohibée.

2. QUEL EST L'EFFET DU FIDÉICOMMIS *de residuo* ?

479. Cette question donne lieu à bien des difficultés. Il faut, avant tout, déterminer la nature du fidéicommis *de residuo*. Le nom qu'on lui donne est fait pour induire en erreur, et il a effectivement trompé les interprètes. On a cru et l'on a jugé que le fidéicommis *de residuo* est une substitution fidéicommissaire; de sorte qu'il y aurait deux substitutions fidéicommissaires, l'une prohibée par l'article 896, l'autre permise. Il en résulterait que l'on devrait appliquer au fidéicommis *de residuo* les principes qui régissent les substitutions, en tant qu'ils ne sont pas modifiés par le droit d'aliéner qui distingue le fidéicommis *de residuo* de la substitution prohibée. Notamment il faudrait dire qu'il y a dans le fidéicommis *de residuo* un institué et un substitué, et que le droit du substitué ne s'ouvre qu'à la mort de l'institué. Nous croyons, avec M. Demolombe, que le fidéicommis *de residuo* n'est pas

(1) Rejet, 24 avril 1860 (Dalloz, 1860, 1, 224). Coin-Delisle, p. 49, n° 30 de l'article 896. Comparez Aubry et Rau, t. VI, p. 20, note 30; Demolombe, t. XVIII, p. 164, n° 139.

(2) Rejet, 28 novembre 1849, et le rapport de Mestadier (Dalloz, 1850, 1, 113). Gand, 13 décembre 1838 (*Pasicrisie*, 1838, 2, 261).

une substitution fidéicommissaire (1), et il est facile de le démontrer. L'article 896 prohibe les substitutions fidéicommissaires; il n'y a qu'une exception à cette prohibition, ce sont les dispositions fidéicommissaires permises aux pères et mères et aux frères et sœurs par les articles 1048 et 1049. En dehors de ces dispositions, il ne peut être question de substitution fidéicommissaire. Quand donc on dit que le fidéicommis *de residuo* n'est pas une substitution prohibée, cela ne veut pas dire que ce soit une substitution fidéicommissaire permise. De ce que la loi ne la prohibe pas dans l'article 896, il ne faut pas conclure qu'elle l'autorise à titre de substitution. Ce serait très-mal raisonner, car la substitution n'est pas un des modes de disposer à titre gratuit admis par le code. On ne peut, dit l'article 893, disposer de ses biens à titre gratuit que par donation entre-vifs ou par testament. Ainsi toute disposition à titre gratuit est nécessairement ou une donation ou un legs. Quand donc on dit que le fidéicommis *de residuo* n'est pas une substitution prohibée, cela veut dire que cette manière de disposer reste dans le droit commun; c'est une donation ou un legs; par conséquent il faut appliquer au fidéicommis *de residuo* les principes qui régissent les donations et les legs.

480. Il reste à déduire les conséquences de ce principe. On demande d'abord si la clause en vertu de laquelle le légataire doit rendre ce qui restera des biens est valable. Il a été jugé que la clause doit être réputée non écrite; la cour de Paris ne motive pas sa décision (2). La cour de La Haye a décidé que la clause est valable, parce qu'il n'y a pas de loi qui défende de disposer de ses biens sous certaines restrictions (3). La question est de savoir si les biens dont le légataire n'a point disposé seront recueillis par les héritiers du disposant. Si la charge de rendre est illicite, on doit l'effacer; dans ce cas, les biens passeront aux héritiers du légataire. Ainsi posée,

(1) Demolombe, t. XVIII, p. 157, n° 134.
(2) Paris, 26 janvier 1808 (Dalloz, au mot *Substitution*, n° 69, 2°).
(3) La Haye, 25 juillet 1828 (*Pasicrisie*, 1823. p. 483).

la question suppose que le fidéicommis *de residuo* est une substitution. Si l'on admet notre opinion, la question tombe. Le fidéicommis *de residuo* n'est pas une substitution, donc il ne peut s'agir d'une véritable charge de rendre, imposée à un institué, en faveur d'un substitué. Il n'y a ni institué ni substitué, puisqu'il n'y a pas de substitution. Qui recueillera donc les biens? Il faut voir ce que le testateur a voulu et si ce qu'il a voulu est licite. L'intention du testateur ne saurait être douteuse; il veut que le légataire rende à ses héritiers ce qui restera des biens légués; il préfère donc ses héritiers à ceux du légataire, tandis qu'il préfère le légataire à ses héritiers. Cela est décisif; il est impossible que les biens soient recueillis par les héritiers du légataire, si l'on s'en tient à la volonté du disposant. Mais on peut contester que cette volonté soit licite. Cela dépend de l'interprétation qu'on lui donne. Quels sont les héritiers auxquels les biens doivent être rendus à la mort du légataire? Sont-ce les héritiers qui existent à cette époque? ou sont-ce les héritiers que le disposant laisse à son décès? Nous croyons que c'est en ce dernier sens que la question doit être décidée. Si l'on admet notre principe, la conséquence n'est pas douteuse. Le fidéicommis *de residuo* contient deux libéralités, mais à la différence de la substitution, ces deux libéralités s'ouvrent au même instant, au décès du testateur; l'une reçoit immédiatement son effet, c'est la disposition faite au profit du légataire; l'autre ne produira son effet que lorsque le légataire mourra sans avoir aliéné tous les biens. La première est un droit certain, immédiat, l'autre un droit futur, éventuel; cela n'empêche pas que les deux droits ne s'ouvrent au même moment. Dès le décès du testateur, ses héritiers ont un droit acquis aux biens que le légataire laissera à son décès; ils transmettent ce droit à leurs successeurs s'ils viennent à mourir (1). Il suit de là que pour avoir droit aux biens qui restent, il faut que les héritiers soient nés ou au moins

(1) Gand, 13 juin 1866 (*Pasicrisie*, 1866, 2. 285). En sens contraire, un avis de l'avocat Ballıu, qui considère le fidéicommis *de residuo* comme une substitution (*Pasicrisie*, 1866, 2, 287 et suiv.).

conçus lors de la mort du testateur, parce que c'est la première condition requise pour pouvoir succéder.

Il en serait tout autrement s'il s'agissait d'une substitution ; les héritiers substitués seraient ceux qui existeraient au décès de l'institué, car ce n'est qu'à cette époque que la substitution s'ouvre. Peu importerait donc que ces héritiers fussent ou non conçus à la mort du testateur, car la substitution peut se faire au profit d'enfants à naître. C'est précisément cette vocation d'héritiers, qui n'étaient pas ceux du testateur et qui ne sont pas ceux de l'institué, qui constitue l'ordre successif, c'est-à-dire un ordre de succession autre que celui de la loi, un ordre qui est établi par le testateur et que pour cette raison les auteurs du code civil ont prohibé. Dans le fidéicommis *de residuo,* l'ordre de succession établi par la loi n'est pas troublé; ce sont les héritiers du testateur qui recueilleront les biens; seulement leur droit est subordonné à la faculté que le légataire a de disposer des biens; ils ne recueillent que les biens dont le légataire n'a pas disposé; l'ordre régulier, suspendu pendant la vie du légataire, reprend son cours à sa mort pour les biens qui restent, Voilà en deux mots le fidéicommis *de residuo.*

Maintenant on comprendra que le fidéicommis *de residuo* ne peut pas être établi en faveur des héritiers qui existeraient au décès du légataire. Ce serait troubler l'ordre régulier des successions, puisque le testateur instituerait héritiers des successibles qui ne l'étaient pas à son décès. On dira qu'il est libre de léguer à qui il veut ses biens, ou du moins son disponible. Oui, mais sous une condition, c'est que le légataire existe au décès du disposant (art. 905); le testateur ne peut pas gratifier celui qui n'existe pas. Ce serait disposer de ses biens à un moment où lui-même ne vit plus; or, la loi lui permet seulement de disposer à sa mort (art. 895) ; ce n'est que par exception qu'elle lui donne le droit de régler sa succession à une époque où il a cessé d'exister, dans les cas où elle autorise les substitutions fidéicommissaires; hors ces cas, le droit du testateur cesse au moment où il meurt.

481. La clause de rendre les biens qui resteront au décès du légataire a encore été attaquée pour un autre motif. On dit que la charge de rendre avec le pouvoir pour le légataire de disposer jusqu'au dernier sou est une charge purement potestative, laquelle vicie toute libéralité. On ne peut pas faire dépendre la donation d'une condition potestative, et le legs aussi est vicié dans son essence si le testateur dit : Je lègue à mes héritiers ce que mon légataire universel voudra leur laisser. On répond, et la réponse est péremptoire, que la charge ne dépend pas du bon plaisir du légataire. Il peut, à la vérité, aliéner et ne rien laisser aux héritiers du testateur; mais s'il n'aliène pas, les héritiers ont un droit sur les biens qui restent, droit éventuel qui suffit pour que la libéralité ne dépende pas d'une charge purement potestative (1). Cela est vrai pour le legs; mais cela est-il aussi vrai de la donation? Dans l'opinion que nous avons enseignée, il suffit que la condition d'où dépend la donation soit en partie potestative pour que la donation soit nulle(2); or, le donateur qui fait une donation sous la forme d'une charge potestative fait certes une libéralité subordonnée à la volonté de celui qui doit exécuter la charge. Nous n'insistons pas sur cette face de la difficulté, puisqu'elle ne se présente pas dans la pratique, les fidéicommis *de residuo* étant faits régulièrement par un acte de dernière volonté, soit institution contractuelle, soit testament.

482. Quels sont les droits du légataire chargé de rendre ce qui restera, à son décès, des biens légués? Il faut consulter les termes du fidéicommis. Si le testateur permet au légataire d'aliéner et de faire tous autres actes à titre onéreux, le légataire ne pourra pas disposer à titre gratuit, ni par donation, ni par testament. Si le testateur lui défend seulement de tester en lui accordant le droit de disposer entre-vifs comme il voudra, le légataire pourra même faire une donation. Mais que faut-il décider si le testateur dit simplement que le légataire rendra à ses

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 120, note 29 et les autorités qu'ils citent. Ajoutez Demolombe, t. XVIII, p. 159, n° 135.
(2) Voyez le tome XII de mes *Principes*, p. 494, n° 409

héritiers ce qui restera à sa mort des biens légués? Aura-t-il le droit de disposer des biens par testament? La doctrine et la jurisprudence s'accordent à décider que c'est une question d'intention; mais comment interprétera-t-on l'acte quand le disposant n'a pas manifesté son intention? Sur ce point, les avis diffèrent. Il nous semble que celui qui dispose avec charge de rendre à ses héritiers ce qui restera manifeste clairement la volonté de préférer ses héritiers aux héritiers du légataire; la clause a ce but, ou elle n'en a aucun. Dès lors on ne peut pas reconnaître au légataire la faculté de disposer à titre gratuit, pas plus par testament que par donation; en effet, si le légataire a ce droit, il pourra donner ou léguer les biens à ses propres héritiers; que devient alors la clause de rendre aux héritiers du testateur? Le droit illimité de disposer à titre gratuit serait en opposition avec l'intention du testateur, puisqu'il serait en opposition avec le but que le testateur a eu en faisant un fidéicommis *de residuo*. On ne pourrait admettre ce droit que si le testateur l'accordait formellement au légataire (1).

Il y a un arrêt de la cour de Paris en sens contraire. Il a été rendu dans le cas d'une institution réciproque entre époux avec la clause que les biens qui resteront à la mort du survivant seront partagés entre les héritiers des deux époux. La cour admet que le survivant peut valablement disposer des biens par testament (2). Nous rapportons la décision sans pouvoir la combattre, puisqu'elle n'est pas motivée; par cela même, elle n'a aucune autorité doctrinale.

483. Il reste une difficulté. Le fidéicommis *de residuo* implique, à notre avis, défense de tester; parfois le testateur impose en termes généraux la prohibition de disposer à titre gratuit. Cette restriction apportée au droit de propriété est-elle valable? Nous avons examiné ailleurs la question de savoir si la clause par laquelle le testateur

(1) Rejet, 1er février 1827 (Dalloz, au mot *Substitution*, n° 75, 2°), et 11 août 1864 (Dalloz, 1864, 1, 468). Comparez Aubry et Rau, t. VI, p. 20, note 21).
(2) Paris, 22 avril 1841 (Dalloz, au mot *Substitution*, n° 75, 4°).

défend à son légataire de disposer par testament de la chose léguée est licite, ou si elle doit être réputée non écrite comme une entrave apportée à l'exercice du droit de propriété. Dans l'espèce, la validité de la clause a été admise par la cour de cassation, et elle n'est guère douteuse (1). Nous croyons, avec la cour de Gand, que le legs fait à une personne avec la clause de rendre ce qui restera aux héritiers du prédécédé est un legs à terme, c'est-à-dire qu'il ne transmet au légataire qu'une propriété temporaire quant aux objets dont il ne dispose pas pendant sa vie ; ce droit cesse à sa mort (2); il est donc très naturel qu'il ne puisse pas disposer par testament des choses qui ont été léguées, car le testament n'a d'effet qu'à la mort, et à ce moment le droit du légataire cesse. On ne peut donc pas dire que la clause litigieuse viole le droit absolu de propriété, car le droit d'un propriétaire à temps n'est pas absolu.

484. Quels sont les droits que le fidéicommis *de residuo* donne aux héritiers au profit desquels la charge de rendre a été établie? Dans ce que nous avons dit de ce fidéicommis, nous avons toujours supposé qu'il était établi par testament. Jadis il se faisait par contrat de mariage, au profit du survivant des époux et sous la charge que nous venons de rappeler (n° 482). Sous l'empire du code, il faut distinguer les deux hypothèses.

Dans notre opinion, le fidéicommis *de residuo* ne peut être établi qu'au profit des héritiers que le disposant laisse à son décès. On demande quelle est la nature de ce droit : est-ce un legs à terme ou un legs conditionnel? Nous avons d'avance répondu à la question ; à notre avis, le droit s'ouvre à la mort du testateur, il est pur et simple, par conséquent il est acquis aux héritiers du jour de la mort du testateur ; décèdent-ils avant le légataire chargé de leur rendre les biens, ils transmettent leur droit à leurs successeurs. La question a été décidée en ce sens par la cour de Gand. Il y a un arrêt en sens contraire de

(1) Rejet, 11 août 1864 (Dalloz, 1864, 1, 468). Comparez Liége, 7 novembre 1843 (*Pasicrisie*, 1844, 2, 308).
(2) Gand, 13 juin 1866 (*Pasicrisie*, 1866, 2, 285).



la cour de Poitiers; il considère le legs comme conditionnel; mais c'est un arrêt d'espèce plutôt que de principe. La cour ne dit point que le legs est conditionnel dans tous les cas, elle se fonde sur l'intention de la testatrice; et il est à remarquer que celle-ci n'avait pas appelé ses héritiers aux biens qui resteraient, elle y avait appelé son neveu par alliance; ce qui change complétement la nature du fidéicommis; la testatrice préfère un neveu par alliance, c'est-à-dire un étranger, à sa famille; est-ce à dire qu'elle préfère aussi les parents de cet étranger à ses parents? Question d'intention que la cour a décidée négativement, d'après les circonstances de la cause (1).

On pourrait objecter, et on l'a fait, que le droit des héritiers est conditionnel de sa nature, puisqu'il n'existera que si le légataire meurt sans avoir disposé de tous les biens qu'il a reçus, ce qui implique une condition. La cour de Gand répond, et avec raison, que l'objection confond le droit conditionnel dont l'existence même est incertaine et le droit éventuel qui existe, mais qui est subordonné à une chance, de sorte qu'il peut se réduire à rien. Tel est le droit des héritiers dans le fidéicommis *de residuo*. Ils tiennent ce droit du testateur, c'est un legs, le legs devient exigible à la mort du légataire, ce qui est un terme et non une condition; car c'est un de ces termes dont parle l'article 1041 qui suspendent seulement l'exécution de la disposition d'après l'intention du testateur. Cette intention ne saurait être douteuse, puisque le testateur préfère ses héritiers à ceux du légataire; il entend donc leur léguer un droit certain. Toutefois il préfère le légataire à ses héritiers; voilà ce qui rend le droit des héritiers incertain, en ce sens qu'il sera réduit dans la mesure des aliénations faites par le légataire, et il peut même se réduire à rien s'il ne reste rien des biens légués. Mais le droit, pour être aléatoire, n'en est pas moins certain; il est dans le patrimoine des héritiers et passe tel quel à leurs successeurs (2).

(1) Poitiers, 24 mai 1869 (Dalloz, 1870. 2, 35).
(2) Gand, 13 juin 1866 (*Pasicrisie*, 1866, 2, 285).

485. Nous passons au fidéicommis *de residuo* stipulé par contrat de mariage. La première question qui se présente est de savoir si les futurs peuvent encore, sous l'empire du code civil, établir un fidéicommis au profit du survivant. Il faut distinguer. Le fidéicommis, tel qu'il était usité en Belgique et en France, ne peut plus se faire. Ce n'était pas un simple fidéicommis, c'était une stipulation sur une succession future. Voici les termes du fidéicommis traditionnel : « Les futurs déclarent se faire donation mutuelle, du prémourant au survivant, de tous les biens meubles et immeubles dont le prémourant décédera propriétaire pour, par le survivant, en disposer comme de chose à lui appartenant, à compter du jour de la mort du premier décédé, mais à la condition que tout ce dont le survivant décédera propriétaire sera partagé par moitié entre les héritiers du premier décédé et ceux du survivant. » C'est la clause dont la nullité a été prononcée par la cour de cassation (1). Nous avons déjà dit que la clause ainsi formulée implique la continuation de la communauté entre le survivant et les héritiers du prédécédé; ce qui est une première cause de nullité (n° 480). Il y en a une seconde, c'est que la clause contient un pacte successoire; en effet, les futurs époux font une masse de l'hérédité du prémourant et de l'hérédité du survivant, et partagent cette masse entre les héritiers qui existeront lors du décès du dernier mourant. Ce pacte successoire est en même temps une dérogation à l'ordre légal des successions; car il dispose des biens que laissera le survivant au profit de deux familles, sans distinguer de quelle famille ils proviennent et à quelle famille ils passent : ce qui est une contravention à l'article 1389 qui défend aux époux de faire une convention dont l'effet serait de changer l'ordre des successions. La cour de cassation ajoute que cette donation mutuelle faite par un seul acte

(1) Rejet de la chambre civile, 10 mars 1869 (Dalloz, 1869, 1, 336). Il en serait de même si une disposition pareille était faite par testament (Rennes, 29 mai 1861, Dalloz, 1862, 2, 5). La disposition serait nulle, en tant qu'elle porte sur les biens du légataire, puisque ce serait le legs de la chose d'autrui et une dérogation à l'ordre naturel des successions.

viole l'article 968, qui ne permet pas à deux personnes de disposer par le même acte pour le temps où elles ne seront plus; sur ce point, nous faisons nos réserves; nous y reviendrons en traitant des donations faites par contrat de mariage.

La clause de rendre stipulée en ces termes étant nulle, que devient la disposition au profit des héritiers? Il faut appliquer l'article 900 qui, conçu en termes généraux, reçoit son application aux donations faites par contrat de mariage, aussi bien qu'aux donations ordinaires. La clause de rendre sera donc réputée non écrite et la donation réciproque restera valable; ce sera une institution contractuelle au profit du survivant. Est-ce à dire que le fidéicommis *de residuo* ne puisse pas être fait par contrat de mariage? Il peut être fait par institution contractuelle, aussi bien que par legs, et dans les mêmes termes, c'est-à-dire que le survivant recueillera les biens du prédécédé avec la charge de rendre à sa mort ce qui en restera. Ce fidéicommis contractuel produira le même effet que le fidéicommis testamentaire.

§ III. *De l'interprétation des substitutions.*

ARTICLE 1. Règles d'interprétation.

N° 1. DE L'INTERPRÉTATION CONJECTURALE.

486. Le droit romain favorisait les fidéicommis; il abandonnait à la prudence des juges la question de savoir s'il existait un fidéicommis dans une disposition et jusqu'où il fallait l'étendre; il leur permettait de recourir à des conjectures et d'établir les fidéicommis par présomption. Les interprètes renchérirent sur les lois, ils multiplièrent les présomptions et les conjectures à ce point, dit Furgole, que d'une matière qui était aisée et facile quand on s'attachait aux règles du droit romain, ils avaient fait une hydre et un monstre presque incompréhensible et où la droite raison avait fait un triste nau-

frage. D'Aguesseau voulut mettre fin à ces ***interprétations arbitraires***, en obligeant les parties à expliquer leur volonté d'une manière plus expresse. De là une première règle d'interprétation qui proscrit les substitutions conjecturales. Cette règle, déjà admise dans l'ancien droit, doit être suivie à plus forte raison sous l'empire du code civil. Comme le dit très-bien Toullier, on avait introduit l'usage des conjectures dans les substitutions pour faire valoir la volonté du testateur; aujourd'hui elles ne tendraient qu'à imaginer des moyens pour l'anéantir et pour empêcher de l'exécuter (1). L'ordonnance de 1747 laissait subsister les conjectures tirées du texte des lois romaines; la loi du 30 ventôse an XII abroge le droit romain ainsi que toute l'ancienne législation. Il y a plus; même les anciens auteurs doivent être consultés avec prudence en cette matière; ils ont écrit dans un esprit qui n'est plus le nôtre; ils interprétaient avec faveur des dispositions que le législateur voyait avec faveur, tandis que le code les prohibe et les annule.

La jurisprudence est d'accord avec la doctrine pour proscrire les substitutions conjecturales. Il est de principe, dit la cour de Bruxelles, qu'à la différence du fidéicommis tacite, la substitution fidéicommissaire ne peut être établie, en dehors des termes du testament, à l'aide de présomptions (2). La cour entend par fidéicommis tacite la disposition qui se fait par personne interposée ou au profit d'un incapable; il y a, dans ce cas, fraude à la loi, et la fraude peut être prouvée par toute espèce de preuves. On ne peut pas dire de la substitution qu'elle soit une fraude à la loi, elle est prohibée par la loi, mais le législateur ne défend et n'annule que les dispositions qui prélentent les caractères et les inconvénients des substitutions fidéicommissaires. Donc si une disposition ne présente pas ces caractères et ces inconvénients, elle n'est pas prohibée, elle reste sous l'empire du droit commun.

(1) Furgole, *Commentaire de l'ordonnance de* 1747, Préambule (*Œuvres*, t. VII, p. 6). Toullier, t. III, 1, p. 15, n° 25.

(2) Bruxelles, 3 mai 1854 (*Pasicrisie*, 1855, 2, 288). Aix, 10 février 1825 (Dalloz, au mot *Substitution*, n° 312).

Comment prouvera-t-on qu'une disposition est une substitution prohibée? Par les clauses de l'acte.

487. Cette première règle est certaine, mais il faut se garder d'en abuser. De l'excès dont Furgole se plaignait dans l'ancienne jurisprudence, on risque de tomber dans un excès contraire. On n'invoque plus les conjectures pour prouver qu'il y a une substitution, on a recours à une interprétation forcée pour prouver qu'il n'y en a point. Nous en verrons plus d'un exemple. On néglige trop, nous semble-t-il, la volonté du disposant. Sans doute, il arrive que le disposant n'a pas voulu faire une substitution prohibée et que néanmoins la disposition est annulée parce qu'elle contient une substitution. Mais de là on ne doit pas conclure qu'il faut faire abstraction de l'intention de celui qui dispose. Que les substitutions se fassent par donation ou par testament, elles sont toujours l'expression de la volonté du disposant; il veut ce qu'il n'a pas le droit de vouloir, et ce qu'il veut est une disposition contraire à l'ordre moral, contraire aux intérêts économiques, contraire aux bases de notre ordre social. Maintiendra-t-on cette volonté parce que, en recourant à une interprétation forcée, on parvient à lui donner un autre sens? Ce serait maintenir une disposition en faisant dire au disposant autre chose que ce qu'il a voulu dire. S'il est prouvé que le disposant a voulu faire une substitution, on doit annuler l'acte, car il ne faut pas permettre aux particuliers de violer une loi d'ordre public par l'espérance qu'ils ont d'échapper à la prohibition, en donnant à leur pensée une tournure équivoque qui permettra de la maintenir, le juge l'interprétant dans un autre sens. Ce serait violer la loi en essayant de l'éluder. Les tribunaux ne doivent pas prêter la main à de pareils calculs.

Nº 2. QUE FAUT-IL DÉCIDER EN CAS DE DOUTE?

488. En cas de doute, la disposition doit être interprétée en ce sens qu'elle ne présente pas de substitution prohibée. Quand y a-t-il doute? Les termes de la disposition litigieuse peuvent être susceptibles de deux inter-

prétations, l'une d'après laquelle la disposition réunirait les caractères constitutifs de la substitution et l'autre d'après laquelle elle ne les contiendrait pas; on doit, en ce cas, adopter de préférence cette dernière. La règle est certaine et incontestable, mais il importe de préciser les motifs sur lesquels on la fonde, afin d'empêcher que l'on en abuse. D'après l'article 896, la disposition qui contient une substitution est nulle pour le tout, même à l'égard de l'institué. Peut-on présumer que le donateur ou le testateur ait voulu faire ce que la loi lui défend, à peine de nullité de la disposition tout entière? Non, certes (1). Mais de ce qu'on ne peut pas le présumer, on ne doit pas conclure que jamais le disposant n'a eu cette pensée. On élude tous les jours des lois prohibitives : les corporations religieuses vivent de fraude, bien que tout ce qui se fait en fraude de la loi soit nul. Si donc l'intention de faire une substitution est constante, on ne peut plus dire qu'elle ne se présume pas; elle est prouvée, et quand elle est prouvée, la volonté du disposant viole une loi d'ordre public; elle doit être annulée si l'on veut que les lois soient respectées, et sans le respect des lois il n'y a plus de société possible.

On invoque encore en faveur de la règle que nous examinons l'article 1157 qui la formule en ces termes : « Lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet que dans le sens avec lequel elle n'en pourrait produire aucun. » Cela suppose que la clause présente réellement deux sens et qu'il est impossible de savoir quel est le sens véritable, car si le sens est certain, il faut appliquer une règle plus fondamentale, c'est que les conventions tiennent lieu de loi. En matière de substitution, il y a une autre considération dont il faut tenir compte; nous la répétons parce qu'on l'oublie : c'est que le sens dans lequel l'acte ne produit aucun effet touche à l'ordre public; c'est dire que l'interprète a un devoir à remplir, il ne doit pas maintenir une disposition qui a

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 25 et note 40, § 694. Demolombe, t. XVIII, p. 179, n° 157, et les auteurs qu'ils citent.

eu pour objet de violer une loi d'ordre public. Pour qu'il puisse la maintenir, il faut qu'il y ait doute véritable, non-seulement quant aux caractères de la disposition, mais aussi quant à l'intention du disposant.

489. La jurisprudence consacre la règle d'interprétation formulée par les auteurs (1). Toutefois les derniers arrêts rendus par la cour de cassation sont beaucoup moins absolus que les premiers; on voit que les tribunaux ont abusé de la règle en imaginant des doutes là où il n'y en avait pas; et quand on est à la recherche de motifs de douter, il est rare que l'on n'en trouve pas. Dans un arrêt de 1832 on lit : « Considérant que l'obligation de conserver et de rendre n'étant pas littéralement exprimée dans le testament, cet acte ne pourrait être annulé que dans le cas où, contenant une substitution, *il serait impossible de lui donner un autre sens*, le doute devant *toujours être interprété en faveur de la disposition* (2). » S'il suffit qu'il soit *possible* d'interpréter l'acte en un sens qui ne contienne pas de substitution prohibée, il n'y aura plus de substitution prohibée; on trouvera toujours des doutes et on se prévaudra toujours de la maxime qu'en cas de doute, il faut maintenir l'acte. Ce doute systématique est contraire à la raison, comme le disait Furgole des conjectures des anciens interprètes. Chabot signala le danger de cette interprétation dès l'année 1812, comme conseiller rapporteur. Pour soustraire l'acte à l'annulation, disait-il, on le dénature sous prétexte de l'interpréter; de cette manière il n'y aurait pas de substitution fidéicommissaire qui ne pût être maintenue. La cour de cassation s'appropria ces sages considérations; elle dit à la fin de l'arrêt : « Lorsqu'il s'agit de déterminer la nature d'un acte, dans les cas où la loi prohibe et annule, une fausse interprétation qui tend à maintenir ce que la loi prohibe et annule couvre une véritable viola-

(1) Paris, 4 décembre 1827 (Dalloz, au mot *Substitution*, n° 95).

(2) Rejet, 5 juillet 1832 (Dalloz, au mot *Substitution*, n° 70, 3°). L'arrêt de rejet du 14 juin 1865 (Dalloz, 1865, 1, 437) dit : « Si la charge de conserver et de rendre n'est pas *impérativement* et *littéralement* exprimée, ou si elle ne s'induit pas *nécessairement* des termes de la clause testamentaire, *le doute doit s'interpréter en faveur de la disposition*

tion de la loi (1). » Les tribunaux ne tinrent pas compte de ces sages maximes, et la cour de cassation elle-même les oublia parfois. Elle a senti la nécessité de limiter la règle qui servait trop souvent à maintenir des substitutions prohibées, malgré l'article 896. La cour de Pau avait annulé un acte comme entaché de substitution, bien qu'à la rigueur on eût pu l'interpréter comme substitution vulgaire. Sur le recours en cassation, la cour maintint l'arrêt en donnant une explication de la règle que l'on invoquait. « L'ambiguïté d'une clause qui présente au premier abord deux sens différents n'autorise le juge à admettre l'interprétation favorable à la validité de l'acte qu'autant que le doute résultant de cette ambiguïté est invincible et résiste à tous les efforts de l'interprétation (2). » Voilà une règle bien différente de celle que la cour avait consacrée en 1832; il ne suffit plus qu'il y ait deux interprétations *possibles*, dont l'une peut maintenir l'acte tandis que l'autre l'annulerait, pour que le juge soit autorisé à admettre la première; tout ce qui résulte de cette *possibilité*, c'est qu'il y a quelque doute sur le sens de la disposition; or, quand le sens d'une disposition est douteux, c'est au juge à dissiper le doute en cherchant quel est le vrai sens; il ne peut pas, par cela seul qu'il y a deux sens, se prononcer de suite et sans examen pour celui qui rend l'acte valable. La cour de Metz a reproduit cette règle, et elle doit servir de base à l'interprétation des dispositions qui sont attaquées comme contenant une substitution prohibée. Il reste toujours vrai de dire que lorsqu'une clause testamentaire présente du doute sur le point de savoir si elle constitue ou non une substitution prohibée, c'est dans le sens de la validité qu'elle doit être interprétée; mais on doit entendre la règle en ce sens que le doute soit véritable, et non systématique, ou mieux encore, comme le dit la cour de cassation, lorsque le doute est invincible et ne peut être dissipé par l'interprétation (3).

(1) Cassation, 22 juin 1812 (Dalloz, au mot *Substitution*, n° 203, 2°).
(2) Rejet, 4 décembre 1865 (Dalloz, 1866, 1, 38). Comparez Demolombe t. XVIII, p. 190, n° 169.
(3) Metz, 7 juillet 1869 (Dalloz, 1869, 2, 226).

ARTICLE 2. Application.

N° 1. SUBSTITUTION VULGAIRE ET SUBSTITUTION FIDÉICOMMISSAIRE.

490. La disposition peut être conçue dans des termes tels, qu'ils impliquent une substitution, à la vérité, mais sans préciser si c'est une substitution vulgaire ou une substitution fidéicommissaire; l'une ou l'autre interprétation est admissible. Dans l'ancien droit, on appelait ces substitutions *compendieuses*, parce que la formule abrégée comprenait les deux substitutions. Peu importait en ce qui concernait la validité de la disposition, puisque la substitution fidéicommissaire était permise aussi bien que la substitution vulgaire (1). Dans le droit moderne, il est très-important de décider si c'est une substitution vulgaire, qui est permise, ou une substitution fidéicommissaire, qui est prohibée. La jurisprudence se prononce, en général, pour la validité de la disposition dès qu'elle peut s'interpréter comme substitution vulgaire. A notre avis, elle se montre trop facile. Il ne suffit pas qu'il soit possible d'interpréter une disposition comme substitution vulgaire pour que, par cela seul, on doive la valider; il faut voir aussi si telle a été la volonté du disposant. Si réellement il a voulu faire une substitution fidéicommissaire et si l'on maintient la disposition à titre de substitution vulgaire, on interprète l'acte contrairement à la volonté de celui qui l'a fait et, de plus, on lui donne un effet que le disposant n'a pas prévu ni voulu, enfin on encourage les testateurs à se servir de termes ambigus dans le but d'échapper à la nullité prononcée par l'article 896 et d'éluder ainsi une prohibition d'ordre public.

491. Il y a un caractère essentiel qui distingue la substitution vulgaire de la substitution fidéicommissaire; dans la première, il n'y a qu'un seul gratifié; dans la seconde, il y en a deux. Quand, d'après les termes de la disposition, il n'y a qu'une personne qui soit gratifiée, le

(1) Thévenot, p. 142, nos 437, 441 et 442. Aubry et Rau, t. VI, p. 25 et note 42, et les auteurs qui y sont cités.

sens n'est pas douteux; ce n'est pas une substitution fidéicommissaire, l'article 896 n'est pas applicable. Un testateur lègue la nue propriété de tous ses biens à l'une de ses nièces, si elle se marie avant d'avoir atteint l'âge de trente-six ans, et s'il existe des enfants ou descendants d'elle à son décès pour lui succéder; dans le cas où la double condition sous laquelle la légataire est appelée ne se réaliserait pas, le testateur lègue ses biens à un hospice, lequel, dit-il, sera, en ce cas, son héritier universel. Le testament fut attaqué comme contenant une substitution fidéicommissaire. Il a été jugé qu'il n'y avait pas de substitution prohibée. Le testateur avait expliqué sa pensée de manière à ne pas laisser de doute. « Dans le cas, disait-il, où ma nièce ne recueillerait pas le legs par le défaut de réalisation de la *double condition suspensive* à laquelle demeure rigoureusement subordonné le legs de la nue propriété que je lui fais, je lègue cette nue propriété à l'hospice de Condom. » Ainsi la légataire était instituée sous condition suspensive; si la condition se réalisait, la nièce recueillait les biens et l'hospice n'y avait aucun droit. Si, au contraire, la condition venait à défaillir, le legs devenait caduc, la légataire n'y avait aucun droit, les hospices recueillaient les biens. Dans toute hypothèse, il n'y avait qu'un seul légataire; donc ce n'était pas une substitution fidéicommissaire; le second légataire est appelé dans le cas où le premier ne pourrait venir au legs; c'est le cas de la substitution vulgaire prévu par l'article 898 (1).

492. Dans cette espèce, l'intention du testateur était certaine aussi bien que les termes dont il s'était servi. Souvent l'intention est douteuse, parce que les termes sont douteux. Le testament porte : « Je donne à Pierre et à Paul, mes petits-fils, la moitié de mes biens et, *dans le cas que l'un d'eux meure sans enfants*, je lui substitue l'autre survivant. » Que veulent dire les mots *dans le cas que l'un de mes petits-fils vienne à mourir sans enfants?*

(1) Agen, 25 mars 1868 (Dalloz, 1868, 2, 174), et Rejet, 8 février 1869 (Dalloz, 1870, 1, 13). Comparez Rejet, 26 mars 1851 (Dalloz, 1851, 1, 252).

Est-ce le prédécès avant le testateur et, par conséquent, avant d'avoir recueilli? Alors c'est une substitution vulgaire, parce qu'il n'y a qu'un seul gratifié, le survivant. Est-ce le décès après le testateur et après avoir recueilli? Alors il y a deux gratifiés avec ordre successif, donc substitution fidéicommissaire. Les deux interprétations sont possibles, dit la cour de Limoges, il faut choisir celle qui donne effet à la disposition et écarter celle qui l'annulerait; la cour décida, en conséquence, qu'il y avait substitution vulgaire, et la cour de cassation confirma, par la raison que les termes dans lesquels la disposition était conçue pouvaient se prêter à l'une ou à l'autre interprétation (1). La cour de Limoges ne s'est pas préoccupée de l'intention du testateur; de même que la cour de cassation, elle s'est contentée d'une simple possibilité de doute. L'interprétation contraire était certes plus probable; car si le testateur avait prévu le cas où l'un de ses petits-fils mourrait avant lui, il aurait parlé du *prédécès*, tandis qu'il prévoyait seulement le cas de mort sans enfants. Vainement dit-on que la disposition était compendieuse, qu'elle devait, par conséquent, valoir comme substitution vulgaire, puisqu'elle pouvait être interprétée en ce sens. Dans l'ancien droit, cela était très-vrai; on pouvait faire alors une substitution compendieuse, puisque l'une et l'autre substitution étaient valables; tandis que, dans le droit moderne, l'une des substitutions, la fidéicommissaire, est nulle. Que fait donc le testateur qui rédige sa disposition de manière à permettre deux interprétations? Il dresse un piége au juge, il cherche à éluder la loi, et il peut le faire sans risque aucun; attaque-t-on sa disposition, le juge décidera que c'est une substitution vulgaire; ne l'attaque-t-on pas, la disposition avec substitution produira son effet. Le juge doit-il encourager ce calcul? A notre avis, il ne suffit pas qu'il y ait deux interprétations possibles, il faut que le juge examine laquelle répond aux termes de l'acte et à l'intention du testateur (n° 470), et il ne doit maintenir la disposition comme vulgaire que si le

(1) Rejet, 11 juin 1817 (Dalloz, au mot *Substitution*, n° 219).

doute est invincible. C'est ce que la cour de cassation dit dans un arrêt plus récent. « Dans le doute, c'est le droit et le devoir du juge de rechercher *quelle a pu être l'intention du testateur* et de se déterminer par la règle d'interprétation : *potius valeant quam pereant*. La cour dit que l'arrêt attaqué l'a décidé ainsi ; or, l'arrêt de la cour de Poitiers ne dit pas un mot de l'*intention du testateur*, le premier juge ne s'en est pas enquis, il s'est contenté de dire : Il y a deux interprétations possibles ; je choisis celle qui valide l'acte (1).

Les cours d'appel ont profité de cette latitude pour maintenir des dispositions attaquées comme entachées de substitution, par la seule raison que l'on ne devait admettre l'interprétation qui annule l'acte que lorsqu'il était absolument impossible de lui donner un autre sens (2). Voici l'espèce dans laquelle la cour de Limoges a validé l'acte en invoquant ce principe. Le testament portait : « J'institue mon neveu pour mon légataire universel, à charge de rendre à l'aîné de ses enfants mâles tous les biens qu'il recueillera en vertu dudit legs. Dans le cas où mondit légataire viendrait à décéder sans enfants mâles, je lui substitue mon beau-frère. » La première disposition contenait une substitution fidéicommissaire permise par la loi française du 17 mai 1826, sous l'empire de laquelle le testament avait été fait. Comment fallait-il interpréter la seconde par laquelle le testateur substituait son beau-frère à son neveu, si celui-ci mourait sans enfants? Prévoyait-il le cas où son neveu viendrait à prédécéder à lui testateur sans enfants mâles? Alors c'était une substitution vulgaire. Prévoyait-il le cas où le neveu décéderait après lui? Alors c'était une substitution fidéicommissaire. La cour de Limoges se prononça pour la première interprétation qui permettait de valider l'acte ; sa décision fut

(1) Rejet, 29 février 1864 (Dalloz, 1864, 1, 213).

(2) Ce sont à peu près les termes de l'arrêt de rejet du 24 mars 1829 : « L'obligation de conserver et de rendre n'étant pas littéralement exprimée, la disposition ne peut être annulée que dans le cas où, contenant évidemment une substitution, *il ne serait pas possible de lui donner un autre sens ;* le doute doit toujours s'interpréter en faveur de la disposition. » (Dalloz, au mot *Substitution*, n° 258, 2°).

confirmée par la cour de cassation. Elle se fonde sur les termes de la disposition qui n'imposaient pas formellement au premier légataire la charge de conserver et de rendre, et cette charge, dit la cour, ne se trouvait pas non plus virtuellement et nécessairement exprimée. Il fallait donc rechercher l'intention du testateur; c'est ce que la cour de Limoges avait fait, et elle s'était déterminée par l'application de ce principe que, dans le doute, les dispositions doivent s'interpréter *potius ut valeant quam ut pereant*. Y avait-il réellement doute? et le doute ne se dissipait-il pas par l'intention du testateur? L'arrêtiste remarque, et avec raison, qu'il a fallu *forcer beaucoup* le sens direct de la clause litigieuse pour se refuser à y reconnaître les caractères d'une substitution fidéicommissaire. Que voulait le testateur? Les termes du testament le disaient clairement; il commençait par établir une substitution fidéicommissaire; puis, au cas où celle-ci défaillirait, il en établissait une seconde; les mots *je substitue* ne pouvaient laisser aucun doute dans la bouche d'un gentilhomme qui tenait à conserver son patrimoine dans la famille mâle portant son nom. Il avait un frère; pourquoi ne l'avait-il pas institué? Il le disait: c'est qu'il était mécontent de son mariage et mécontent des conventions matrimoniales par lesquelles ledit frère donnait tous ses biens à sa future épouse. Donc, à défaut de descendants mâles de son frère, il ne voulait pas que ses biens revinssent à la famille de son frère. Voilà pourquoi il substituait à son neveu un beau-frère. Donc les termes du testament et la volonté du testateur concouraient à prouver qu'il avait entendu faire une double substitution (1).

La cour de cassation, approuvant une interprétation aussi forcée, il était naturel que les cours d'appel suivissent l'exemple. On voit par un arrêt de la cour de Toulouse qu'elles ne tenaient plus aucun compte de l'intention du disposant. Il importe peu, dit la cour, que la

(1) Rejet, 23 juillet 1834 (Dalloz, au mot *Substitution*, n° 120). Comparez Besançon, 29 mars 1811 (Dalloz, au mot *Substitution*, n° 217).

pensée du testateur ait pu s'étendre à ce qui pourrait avoir lieu après sa mort pour régler l'ordre de succession qui devait être suivi au décès de chacun des gratifiés. » *Il importe peu!* Cela importe beaucoup, car si telle était la pensée du disposant, il a voulu faire une substitution que la loi prohibe, il a voulu établir un ordre de succession autre que celui que la loi établit; dès lors il faut annuler ce qu'il a voulu faire. Il suffit, ajoute la cour, que les prévisions du testateur aient également eu pour objet ce qui se ferait dans le cas où l'un des légataires lui prédécéderait, pour que sa disposition vaille comme substitution vulgaire(1). Si le testateur a réellement prévu les deux hypothèses, il aurait dû limiter sa disposition au cas du prédécès du légataire, car il savait que sa disposition serait nulle dans l'autre hypothèse. Pourquoi donc a-t-il préféré la formule dite *compendieuse?* Il n'a pu avoir qu'un but, celui d'éluder la loi en faisant une substitution fidéicommissaire qui, à la rigueur, pourrait valoir comme substitution vulgaire. Les tribunaux doivent-ils favoriser cette intention de frauder la loi, en maintenant une disposition qui tend à la violer?

493. Nous croyons que la jurisprudence s'était écartée de la vraie doctrine; aux décisions que nous avons cru devoir critiquer, nous opposerons d'autres décisions qui nous semblent plus conformes aux principes. Un testateur, après avoir institué une femme mariée pour sa légataire universelle, ajoute : « Dans le cas où elle viendrait à mourir avant son mari, je veux que le legs *retourne* et appartienne à toujours à ses quatre enfants, que j'institue, pour par eux jouir et disposer de mes biens *à partir du décès de leur mère.* » On attaqua le testament comme contenant une substitution prohibée. Etait-ce une substitution compendieuse pouvant valoir comme substitution vulgaire? Dans l'espèce, il n'y avait pas de doute sérieux. Les termes de l'acte impliquaient un *retour* après que la légataire avait recueilli, et c'est *après son décès*

(1) Toulouse, 4 juillet 1840 (Dalloz, au mot *Substitution*, n° 158, 4°). Comparez Paris, 17 décembre 1836, et Nancy, 4 juillet 1844 (Dalloz, au mot *Substitution*, n° 105, 3° et 5°).

que ses enfants étaient appelés au legs. Donc il y avait un premier gratifié qui jouissait pendant sa vie et, à sa mort, les seconds gratifiés étaient appelés; il n'y avait pas un mot dans le testament d'où l'on pût induire que les enfants de la légataire n'étaient institués que dans le cas où la légataire prédécéderait au testateur; donc pas une apparence de substitution vulgaire. La cour de cassation décida que la cour de Paris avait fait une juste interprétation du testament en concluant qu'il contenait une substitution fidéicommissaire (1).

Une demoiselle institue pour héritières ses deux sœurs, et, l'une d'elles venant à décéder, la testatrice veut que les biens *passent* sur la tête de la survivante, auquel cas elle institue celle-ci pour son héritière universelle. Y a-t-il substitution compendieuse, et la disposition peut-elle valoir comme substitution vulgaire? La cour de cassation a jugé qu'il y avait substitution prohibée. Les termes de l'arrêt sont remarquables. On pouvait dire, à la rigueur, qu'il y avait substitution compendieuse. « La disposition, dit la cour, n'est pas restreinte au seul cas où l'une des héritières instituées décéderait avant la testatrice, elle embrasse même celui où l'une d'elles décéderait après avoir recueilli le bénéfice de l'institution. » N'est-ce pas dire que la substitution dite compendieuse est prohibée par l'article 896, aussi bien que la substitution fidéicommissaire pure? Dans l'espèce, la testatrice n'avait pas même prévu le cas de prédécès de l'une de ses sœurs, et il était inutile de le prévoir, puisque, instituées conjointement, il allait sans dire que, l'une faisant défaut, l'autre recueillait toute l'hérédité. En disant qu'en cas de décès de l'une des sœurs, l'entière hérédité *passerait* sur la tête de la survivante, la testatrice marquait suffisamment que la prémourante avait recueilli les biens, car ils devaient *passer* de sa tête sur la tête de la survivante; ce qui constitue une double libéralité avec ordre successif (2).

(1) Rejet, 15 janvier 1812 (Dalloz, au mot *Substitution*, n° 106, 2°). Comparez Agen, 1er juin 1838 (Dalloz, au mot *Substitution*, n° 151).
(2) Rejet, de la chambre civile, 26 décembre 1836 (Dalloz, au mot *Substitution*, n° 218).

Toujours est-il que cette décision est en opposition avec celles que nous avons combattues. On pouvait dire, comme on l'avait fait, qu'il n'y avait pas charge formelle de conserver et de rendre, ni charge virtuelle, attendu que la disposition pouvait être interprétée comme substitution vulgaire. A notre avis, la dernière jurisprudence vaut mieux que la première.

Une testatrice institue pour son héritière sa nièce, et dans le cas où celle-ci viendrait à décéder sans enfants, elle institue pour héritières les trois filles de son frère. La cour de Toulouse annula la disposition comme entachée de substitution. Elle comprenait, en effet, une double institution, la première pure et simple, la seconde conditionnelle; la condition était le décès de la première légataire sans enfants, ce qui implique qu'elle avait recueilli, rien dans le testament n'indiquant une substitution vulgaire. On attaqua cependant l'arrêt en ce qu'il avait annulé une disposition contenant la substitution permise par l'article 898. La cour de cassation rejeta le pourvoi après délibération en la chambre du conseil. Elle se fonde sur l'intention de la testatrice qui n'appelait à sa succession les filles de son frère que pour le cas où la première légataire décéderait sans enfants, après avoir recueilli le bénéfice de l'institution. Et d'où déduit-elle cette intention? Des clauses du testament et des circonstances de fait relevées par l'arrêt attaqué (1). Donc il ne suffit point qu'une disposition soit compendieuse et qu'elle puisse s'interpréter comme substitution vulgaire pour qu'elle soit maintenue. Il faut voir quelle est l'intention du disposant. C'est l'élément décisif dont pendant longtemps la jurisprudence n'avait guère tenu compte.

Il y a un dernier arrêt de la cour de cassation qui résout nettement la question en ce sens. Un testateur avait légué ses biens à deux frères par portions égales, avec cette clause que si l'un d'eux venait à décéder avant sa majorité, un troisième frère hériterait de sa portion.

(1) Rejet, 7 mai 1862 (Dalloz, 1862, 1, 289). Comparez Bordeaux, 13 août 1873 (Dalloz, 1814, 2, 129).

Y avait-il substitution vulgaire ou fidéicommissaire? La solution, dit la cour de Pau, dépend du point de savoir si le testateur a entendu disposer pour le cas où l'un des deux frères institués décéderait avant lui, ou pour le cas où il décéderait après lui. Si l'on avait appliqué le principe que la jurisprudence a longtemps suivi, que l'acte doit être maintenu dès qu'il y a possibilité de l'interpréter comme substitution vulgaire, la cour aurait dû se prononcer pour le maintien de l'acte. Au lieu de cela, elle recherche avec soin quelle a été la pensée du testateur, et elle arrive à la conclusion que le testateur n'a pas eu en vue le décès de l'un de ses deux légataires avant le sien. On attaqua l'arrêt comme violant la règle d'interprétation consacrée par l'article 1157, règle qui a si souvent servi à maintenir des substitutions fidéicommissaires à titre de substitutions vulgaires; l'adage romain, qu'il faut interpréter l'acte *magis ut valeat quam ut pereat dispositio*, semblait décisif. La cour de cassation, sans repousser la règle, lui donna une interprétation qui la concilie avec les vrais principes. Il ne suffit pas qu'il y ait doute, dit la cour, pour que, par cela seul, on maintienne l'acte. Quand il y a doute, le devoir du juge est de le dissiper en recourant à l'intention du testateur. La cour avoue que les termes du testament pouvaient s'entendre aussi facilement d'une substitution vulgaire que d'une substitution fidéicommissaire; cela aurait suffi, d'après l'ancienne jurisprudence, pour valider la disposition. La cour de Pau ne s'arrêta pas devant le doute; de l'ensemble du testament et du rapprochement des diverses clauses qu'il renfermait, elle conclut qu'il était impossible que le testateur eût uniquement prévu le cas où l'un des frères prédécéderait à lui testateur; donc il prévoyait aussi le cas où lui prédécéderait, où, par conséquent, les deux frères recueilleraient le legs, et où, l'un venant à mourir, le troisième frère le substituait (1). C'est répudier la doctrine de la substitution compendieuse avec toutes les conséquences qui en résultent, pour en revenir à la véritable

(1) Rejet, 4 décembre 1865 (Dalloz, 1866, 1, 38).

interprétation, celle qui recherche la pensée du testateur.

N° 2. SUBSTITUTION ET DISPOSITION DE L'USUFRUIT ET DE LA NUE PROPRIÉTÉ.

494. L'article 899 dit que la disposition par laquelle l'usufruit est donné à l'un et la nue propriété à l'autre n'est pas une substitution. Lors donc que deux personnes sont appelées l'une après l'autre à une chose, il faut voir si le premier gratifié est légataire de l'usufruit ou de la propriété. Dans le premier cas, la disposition est valable; dans l'autre, elle est nulle. Lorsqu'il y a doute sur le point de savoir si le disposant a voulu donner au premier légataire la propriété des biens légués, ou s'il n'a voulu que lui en donner l'usufruit, on doit l'interpréter dans le dernier sens, qui permet de maintenir l'acte, tandis que l'autre interprétation l'annulerait (1).

On voit que cette seconde hypothèse est, au fond, la même que la première. La difficulté est toujours de savoir s'il y a doute et si le doute seul suffit pour interpréter la disposition de manière à la maintenir. Nous avons d'avance répondu à la question. Non, le doute ne suffit point. S'il y a un doute sérieux, le devoir du juge est d'interpréter l'acte en recherchant l'intention du testateur. S'il a voulu faire une substitution, le juge doit l'annuler, quand même il serait possible de l'interpréter comme disposition de la nue propriété et de l'usufruit. C'est d'après ce principe que nous allons examiner la jurisprudence.

495. La substitution prohibée par l'article 896 et la disposition permise par l'article 899 diffèrent en un point essentiel. Quand il y a substitution, il y a deux gratifiés, et chacun l'est de la propriété; mais le second ne recueille les biens qu'après le premier, au décès de celui-ci et par son intermédiaire. La disposition de l'article 899 ne présente aucun de ces caractères; il y a deux gratifiés, mais de choses différentes, l'un de l'usufruit, l'autre de la nue

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 28 et note 48, et les auteurs qui y sont cités.

propriété; les deux gratifiés tiennent leur libéralité directement du disposant; le second ne reçoit pas les biens par l'intermédiaire du premier, donc il n'y a ni ordre successif, ni charge de conserver et de rendre. Les deux dispositions étant essentiellement différentes, il semble qu'il est facile de les distinguer. La distinction serait, en effet, facile si les interprètes ne cherchaient, à tout prix, à maintenir les dispositions attaquées comme entachées de substitution; ils vont à la recherche d'un motif de douter; et qu'est-ce qui ne prête pas à un doute dans cette mer de doutes que l'on appelle le droit? Si on laisse là le doute systématique, les difficultés disparaissent.

Il y a des cas où la disposition rentre évidemment sous l'application de l'article 899. Le testateur dit : « Je donne à ma sœur l'*usufruit* de la ferme détenue par Pierre et *une autre ferme* détenue par Paul et, à son décès, la propriété à la famille *B.* » On attaqua le testament pour cause de substitution. Il a été jugé que la sœur était légataire de l'usufruit seulement; pour la première ferme, cela n'était pas douteux, puisque le testateur le disait; il ne le disait pas expressément pour la seconde, mais cela résultait de l'ensemble de la clause. Donc il y avait legs de l'usufruit à l'un et de la nue propriété à l'autre. Non, disait-on; c'est la toute propriété qui est léguée au second légataire, et elle ne lui est léguée qu'au décès du premier, il la reçoit donc du premier, et non du testateur; partant il y a deux libéralités de la propriété avec ordre successif. La réponse était facile; le premier légataire n'était pas propriétaire, puisque le testateur ne lui avait légué que l'usufruit; donc le second légataire ne tenait pas la propriété du premier légataire, il la recevait directement du testateur. Si le testateur lui léguait la propriété au décès du premier, c'est pour marquer qu'alors seulement sa propriété devenait entière par l'extinction de l'usufruit donné au premier légataire (1).

496. Le doute peut naître de la mauvaise rédaction

(1) Rejet, 24 juin 1823 (Dalloz, au mot *Substitution*, n° 174, 4°). Comparez Rejet, 11 juillet 1870 (Dalloz, 1871, 1, 333); Liége, 9 juin 1832 (*Pasicrisie*, 1832, p. 172).

du testament. Quand le testateur est étranger à la science du droit, il peut employer des termes qui ne répondent pas à sa pensée, en confondant l'usufruit avec la propriété et le droit de jouir avec le droit de disposer. Dans ce cas, la question devient une question d'intention; il faut voir ce que le testateur a voulu dire; il ne suffit pas que les expressions dont il s'est servi soient plus ou moins douteuses, pour que par cela seul on interprète la disposition dans le sens de l'article 899; le doute n'est pas une raison de maintenir l'acte quand le doute peut être éclairci par l'interprète. Il y a donc lieu d'interpréter la volonté du défunt. La cour de cassation l'a jugé ainsi en confirmant un arrêt de la cour de Rouen qui avait validé la disposition en vertu de l'article 899, non en se fondant sur ce que la disposition était douteuse, mais en recherchant avec soin les intentions de la testatrice d'après l'ensemble de ses dispositions et la nature des objets par elle légués (1). Tel est le vrai principe, à notre avis.

497. Les tribunaux se décident d'ordinaire d'après la maxime que l'acte doit être interprété *magis ut valeat quam ut pereat*. C'est une décision très-chanceuse, parce que ce n'est pas le vrai motif de décider. Un testateur dit : « Je *laisse* à mon cousin la maison enseignée *Hôtel d'Arenberg*, pour *en jouir sa vie durant*, bien entendu qu'après sa mort la maison *retournera* à Pierre ou à ses héritiers. » Les termes sont douteux. *Laisser* veut dire *léguer*, et léguer une maison veut dire en transmettre la propriété. Mais le testateur ajoute : « pour en *jouir* pendant sa vie. » Cette expression marque un usufruit. Puis il dit que la chose doit *retourner* à Pierre; ce qui suppose que le premier légataire en était propriétaire. La cour de Liége a décidé que la maison était léguée au premier légataire en usufruit et au second en nue propriété. Elle invoque d'abord la maxime que, dans le doute, on ne peut pas présumer que le testateur ait voulu violer la loi et faire une disposition nulle; mais elle a soin d'ajouter que la vraie pensée du testateur a été de ne donner que

(1) Rejet, 25 janvier 1827 (Dalloz, au mot *Disposition*, n° 175).

la jouissance au premier légataire, ce qui faisait rentrer la disposition dans l'article 899 (1).

Quand les tribunaux interprètent le testament en se fondant sur l'intention du testateur, ils sont dans leur droit (2). Mais d'ordinaire ils se contentent du doute que fait naître la mauvaise rédaction du testament pour le maintenir en vertu de l'article 899. Voilà une jurisprudence que nous ne saurions admettre; elle conduit à cette singulière conséquence que les testaments mal rédigés sont ceux qui ont le plus de chance d'être validés. Un testateur commence par nommer un exécuteur testamentaire, en le chargeant de toucher les revenus de tous ses biens et d'en compter avec sa nièce, *son unique héritière*, et avec les enfants qu'elle laissera jusqu'à ce que tous aient atteint l'âge de vingt ans. Puis il ajoute que la mère ni les enfants ne pourront aliéner ni hypothéquer les biens, et que si un capital était remboursé, l'exécuteur devrait employer les deniers en achat de terres. Il a été jugé que la mère était simple usufruitière et les enfants nus propriétaires, ce qui validait le testament. La cour se fonde sur les termes de la clause qui n'appellent pas la nièce à la propriété des biens; le testateur dit seulement qu'elle en touchera les revenus; c'est donc un usufruit, et s'il y avait doute, il faudrait encore interpréter la disposition en ce sens (3). Il y a un mot dans le testament qui, nous semble-t-il, excluait tout doute; le testateur appelait sa nièce son *héritière universelle;* donc il l'appelait à la propriété de ses biens; en lui défendant de disposer des biens, il l'obligeait implicitement à conserver les biens pour les rendre à ses enfants : ne sont-ce pas là les caractères d'une substitution fidéicommissaire?

498. Il y a des dispositions qui sont ambiguës, on ne sait si c'est à dessein ou si c'est par ignorance. Une testatrice lègue à sa tante et à son mari, s'il survit à sa femme, la propriété de sa succession mobilière, voulant

(1) Liége, 25 février 1817 (*Pasicrisie*, 1817, p. 337). Comparez Liége, 25 février 1828 (*Pasicrisie*, 1828, p. 71).
(2) Comparez Rejet, 16 juillet 1838 (Dalloz, au mot *Substitution*, n° 179, 2°).
(3) Bruxelles, 6 mai 1824 (*Pasicrisie*, 1824, p. 112).

que le survivant des deux, soit sa tante, soit son oncle, en jouisse ainsi que bon lui semblera, à l'effet de quoi elle les institue ses légataires universels. Le testament fut attaqué comme contenant une substitution prohibée. On disait que chacun des légataires était saisi de la moitié des biens, à la charge de la conserver pendant sa vie et de la rendre, à sa mort, à celui qui survivrait. La cour de Caen et la cour de cassation jugèrent qu'il n'y avait pas de substitution. Toullier approuve et justifie cette décision. Chacun des deux légataires, dit-il, ne doit être considéré que comme usufruitier de la moitié jusqu'à l'événement de la condition; l'usufruit se consolidera à la propriété du tout en faveur du survivant; jusqu'au décès du prémourant, la propriété est suspendue, ce qui rend le legs conditionnel quant à la propriété sans qu'il y ait de substitution (1). Voilà une série de suppositions dont on cherche en vain une trace dans le testament; il n'y est pas dit un mot d'usufruit, pas un mot d'une condition qui suspende le legs de la propriété. L'usufruit et la condition suspensive ont été imaginés pour expliquer la disposition dans le sens de l'article 899. Suffit-il que l'on trouve une explication telle quelle, une interprétation forcée, pour qu'on décide qu'il n'y a pas substitution, parce qu'il y a doute, et que, dans le doute, il faut se prononcer pour la validité de l'acte? On repousse, et avec raison, les substitutions conjecturales; on doit aussi repousser les interprétations qui ne reposent que sur des conjectures.

Un testateur lègue ses biens à ses neveux mineurs avec cette clause que si l'un ou plusieurs d'entre eux décèdent avant d'être arrivés à leur majorité, les survivants seront ses légataires universels en toute propriété. Est-ce une substitution prohibée? Voici l'interprétation que la cour de Paris a donnée à cet acte. Le testateur a prévu deux hypothèses distinctes. D'abord celle où les quatre enfants parviendraient à leur majorité; dans ce cas, il les a institués ses légataires universels en toute

(1) Rejet, 26 juillet 1808 (Dalloz, au mot *Substitution*, n° 214). Toullier, t. III, 1, p. 35, n° 46.

propriété. Ensuite celle où l'un ou plusieurs d'entre eux décéderaient en minorité; dans ce cas, il a réduit celui ou ceux qui ne parviendraient pas à leur majorité à un legs de simple usufruit, et il a donné aux survivants la part à laquelle auraient eu droit les prédécédés si la première hypothèse s'était réalisée. Ainsi il y a deux legs conditionnels, l'un de toute propriété, l'autre d'usufruit, ce qui rend l'article 899 applicable (1). L'explication est ingénieuse, mais convenons qu'elle est due au talent de l'interprète et que dans le testament il n'y a pas de trace d'une double condition. Si l'un des enfants vient à mourir après le décès du testateur, de qui recueillera-t-il les biens? Du prédécédé. N'est-ce pas là le caractère d'une substitution fidéicommissaire?

499. Il y a une clause qui se présente assez souvent et sur laquelle les opinions diffèrent. Le testateur dit : « J'institue Pierre héritier de tous mes biens immeubles pour en jouir seulement pendant sa vie; mon intention est qu'après sa mort les biens *retournent* à Paul, et en cas que celui-ci meure sans enfants, je lui substitue Jacques. » Il a été jugé que cette disposition contient une substitution prohibée. Sur le pourvoi en cassation, Merlin émit le même avis. Le motif de douter vient de ce que le testateur, après avoir institué Pierre héritier, ajoute qu'il ne doit *jouir* de ces biens que *pendant sa vie*; n'est-ce pas là un usufruit? Et si Pierre est simple usufruitier, n'en faut-il pas conclure que les autres légataires auxquels les biens retournent sont des nus propriétaires? Merlin répond que cette interprétation est contraire aux termes du testament. Quand le testateur dit qu'il *institue* ou qu'il *lègue*, il fait une transmission de propriété. S'il ajoute que c'est pour jouir des biens légués pendant sa vie, cette seconde disposition peut-elle détruire ou dénaturer la première? Une pareille interprétation serait contraire aux principes : toutes les clauses d'un acte doivent s'expliquer de manière à avoir chacune son effet; or, la première disposition n'aurait pas l'effet qu'emportent les ter-

(1) Paris, 19 juillet 1870 (Dalloz, 1870, 2, 215), et Rejet, chambre civile, 19 mars 1873 (Dalloz, 1873, 1, 55).

mes dans lesquels elle est conçue, si elle était restreinte par la seconde à un simple usufruit. En interprétant la première disposition comme un legs d'usufruit, on fait dire au testateur ce qu'il n'a pas dit. Il n'a pas dit : « J'institue Pierre héritier de l'usufruit de mes biens »; il a commencé par léguer ses biens immeubles à Pierre, ce qui comprend la propriété et l'usufruit; s'il a ajouté que Pierre n'en aurait la jouissance que pendant sa vie, c'est pour marquer qu'il n'en est pas propriétaire incommutable; en effet, après la mort de Pierre, les biens doivent *retourner* à Paul; c'est dire que ces biens sont grevés de substitution, et voilà pourquoi le testateur dit que le premier légataire, l'institué, n'en jouira que pendant sa vie. La cour de cassation jugea en ce sens (1).

La cour de Liége a interprété dans le même sens une disposition par laquelle deux époux s'instituaient réciproquement héritiers universels, à condition néanmoins que le survivant tiendrait la moitié des biens simplement en usufruit, et que cette moitié retournerait, après son décès, aux légataires désignés dans l'acte. Dans cette espèce, le motif de douter était plus sérieux que dans la première. On pouvait dire que les testateurs restreignaient la disposition par laquelle ils s'étaient institués héritiers, en la limitant à une moitié des biens et que, pour l'autre moitié, ils ne faisaient qu'un legs d'usufruit. Le tribunal de Namur, par un jugement très-bien motivé, fit, pour le legs prétendu en usufruit, le même raisonnement que Merlin avait fait pour expliquer la jouissance viagère du premier légataire. Il faut concilier les deux dispositions et non détruire l'une par l'autre; or, ce serait détruire l'institution d'héritier, qui comprend la toute propriété des biens, que de la réduire à un simple usufruit pour la moitié des biens. Il y a une autre interprétation plus naturelle, c'est que les testateurs, en parlant d'usufruit, ont entendu que la moitié des biens serait vinculée dans les mains de l'héritier institué, parce qu'elle devait retourner à d'autres personnes après sa mort. Les testateurs disent,

(1) Rejet, 19 nivôse an XII (Merlin, *Questions de droit*, au mot *Substitution fidéicommissaire*, t. XV, p. 49, § V).

en effet, que cette moitié des biens doit retourner, après la mort de l'institué, à d'autres légataires; par là ils indiquent clairement que les biens doivent passer de la tête de l'héritier institué sur celle des légataires substitués. Preuve que la propriété a résidé sur la tête de l'institué; c'est parce qu'il doit la conserver qu'il est qualifié d'usufruitier; mais s'il n'était qu'usufruitier, il ne pourrait pas transmettre les biens, puisque, à sa mort, son droit s'éteindrait. Il est donc propriétaire, mais avec charge de conserver et de rendre (1).

500. Cette doctrine n'a pas trouvé faveur; la jurisprudence aime à maintenir les actes de dernière volonté; quand, en les prenant au pied de la lettre, ils semblent contenir une substitution, elle les interprète de manière à trouver les dispositions douteuses, et le doute suffit pour maintenir l'acte, sans que l'on s'enquière de l'intention du disposant. Toutefois la jurisprudence n'est pas aussi décisive qu'on le dit (2). Les circonstances diffèrent d'un cas à un autre, et les motifs de décider diffèrent également.

La cour de Paris a jugé qu'il n'y avait pas substitution prohibée dans l'espèce suivante. Un testateur *lègue* ses biens à ses cousins « *pour en jouir en usufruit*, voulant que le tout soit insaisissable et *inaliénable* dans leurs mains, pour que lesdits biens passent à leurs enfants; et dans le cas où ils n'en auraient pas, au parent le plus proche en degré. » C'est, dit la cour, un legs d'usufruit au profit des cousins et un legs de nue propriété au profit des enfants. La seconde proposition découle de la première, et celle-ci, quoique contestable, est admissible; en effet, *léguer ses biens pour en jouir en usufruit*, c'est léguer l'usufruit; il n'y a pas là deux dispositions, il n'y en a qu'une qui porte sur l'usufruit des biens; et dès que les premiers légataires ne sont qu'usufruitiers, il n'y a plus de substitution (3).

(1) Liége, 23 octobre 1806 (Dalloz, au mot *Substitution*, nº 172).
(2) Dalloz, au mot *Substitution*, nº 173.
(3) Paris, 16 avril 1811 (Dalloz, au mot *Substitution*, nº 174, 1º). Comparez Paris, 28 mai 1821 (Dalloz, au mot *Substitution*, nº 174, 2º).

La clause suivante est plus douteuse ; elle ressemble à celle que Merlin considérait comme une substitution prohibée ; mais il y a un élément d'interprétation dont le grand jurisconsulte n'a pas tenu compte et qui est néanmoins décisif, c'est l'intention du testateur. Un testateur commence par nommer et instituer son frère pour son seul héritier universel et général, mais il ajoute que c'est pour jouir des *revenus* des biens sa vie durant, ce qui marque que c'est un legs universel en usufruit ; il ne faut pas prendre au pied de la lettre les mots *héritier* et *institution*, dans notre droit moderne, ces mots ont perdu de leur importance, on doit s'attacher à la volonté du testateur ; dans l'espèce, il la fait connaître clairement en disant que son héritier *jouira des revenus*. La cour examine ensuite les autres clauses du testament, et elle ne trouve nulle part l'intention de disposer de la propriété en faveur du premier légataire ; cela suffisait pour décider la question. Elle ajoute que s'il y avait doute, il faudrait se prononcer en faveur du maintien de l'acte (1). Les principes que la cour invoque sont incontestables ; mais il y a un écueil que le juge doit éviter en cette matière : c'est le désir d'interpréter le testament de manière à lui donner effet. S'il examine le testament avec ce désir préconçu, il trouvera toujours des raisons de douter, mieux que cela, il interprétera les clauses de l'acte de manière que l'intention du testateur soit en harmonie avec les dispositions de la loi.

Nous citerons, à l'appui de cette remarque, un arrêt de la cour de Bastia. Le testateur institue pour son unique et universelle héritière sa sœur frappée de cécité. Il nomme un exécuteur testamentaire chargé d'administrer les biens et de fournir à la légataire tout ce qui lui est nécessaire. Puis il déclare qu'au décès de sa sœur les biens *qui se trouveront exister* seront hérités par les neveux du testateur. La cour a jugé que cette disposition renferme un legs d'usufruit pour la sœur et un legs de

(1) Montpellier, 12 mars 1830, et Rejet, de la chambre civile, après délibération en chambre du conseil, 25 juillet 1832 (Dalloz, au mot *Substitution*, n° 174, 5°).

nue propriété pour les neveux. Elle se fonde sur l'intention du testateur et sur les circonstances de la cause (1). Les principes sont excellents, mais voyez à quoi ils aboutissent. Il n'y avait pas un mot, dans l'acte, d'où l'on pût induire que la sœur était légataire de l'usufruit; les termes du testament prouvaient, au contraire, qu'elle avait le pouvoir de disposer, ce qui exclut un simple usufruit; en effet, le testateur disait que les biens qui se trouveraient exister au décès de la sœur seraient hérités par ses neveux; donc il prévoyait qu'ils pourraient ne pas se trouver tous dans son hérédité, ce qui suppose que la sœur avait le pouvoir d'aliéner. C'était donc un de ces fidéicommis que l'on appelle *de residuo;* ils ne sont pas prohibés, comme nous l'avons dit; on leur applique les principes qui régissent les legs (nos 475 et suiv.).

501. La cour de cassation se réserve un droit de contrôle en matière de substitution. Elle a rendu, sur la question que nous examinons, un arrêt motivé avec beaucoup de soin qui établit avec évidence l'existence d'une substitution prohibée dans une disposition que l'on prétendait valider en appliquant l'article 899. Le testateur veut que sa succession immobilière soit partagée par moitié entre deux légataires et qu'au décès de l'une d'elles, les biens à elle dévolus appartiennent à deux personnes désignées. On soutenait que les premiers légataires n'avaient que l'usufruit des biens et que les seconds légataires étaient nus propriétaires. Les termes de l'acte répugnaient à cette interprétation; il n'y était pas dit un mot d'usufruit ni de nue propriété. Au cas où le premier légataire aurait survécu à ceux qui étaient appelés, à sa mort, à recueillir sa part, ils n'auraient eu aucun droit, preuve certaine qu'ils n'étaient pas légataires de la nue propriété. Ils venaient aux biens après le premier légataire, donc comme substitués; par suite, le premier légataire était virtuellement chargé de conserver et de rendre

(1) Bastia, 20 mai 1850 (Dalloz, 1850, 2, 135). Comparez Paris, 10 décembre 1838, et Rejet, 20 janvier 1840 (Dalloz, au mot *Substitution*, n° 178, 2°).



les biens à sa mort; donc il y avait substitution (1). Nous croyons que les tribunaux devraient toujours mettre la même rigueur dans l'appréciation des actes de dernière volonté, les examiner en eux-mêmes, abstraction faite de la question de savoir s'ils vaudront ou s'ils ne vaudront pas.

N° 3. DISPOSITIONS CONDITIONNELLES ET SUBSTITUTION FIDÉICOMMISSAIRE.

502. Les legs conditionnels et les substitutions fidéicommissaires ont, en apparence, une grande analogie. Toutefois ces dispositions se distinguent par un caractère essentiel : le legs conditionnel ne contient qu'une seule libéralité, tandis que la substitution en contient deux. Il est donc difficile de faire valoir comme legs conditionnel une disposition que l'on prétend entachée de substitution; on ne le peut que dans les cas où il n'y a réellement qu'une libéralité, marque certaine que ce n'est pas une substitution (2). Nous donnerons un exemple emprunté à la jurisprudence.

Une femme institue son mari héritier sous la clause que, dans le cas où il convolerait en secondes noces, il sera tenu de *rendre* la moitié de ce dont il a été institué, et qui sera distribuée aux pauvres. Le tribunal de Strasbourg annula cette disposition comme contenant une substitution, l'héritier institué étant chargé de rendre la moitié de l'hérédité et, par conséquent, de la conserver. Il y avait encore une autre interprétation possible, c'était de considérer le legs comme étant fait sous une condition résolutoire. C'est en ce sens que la cour de Colmar interpréta la disposition. L'arrêt se fonde sur la nature de la condition sous laquelle le légataire était tenu de rendre; elle dépendait de lui et elle devait se réaliser de son vivant, ce qui caractérise la condition résolutoire. Nous croyons qu'il eût fallu interroger l'intention de la testatrice pour voir si elle avait voulu faire une substitution

(1) Rejet, de la chambre civile, 25 juillet 1849 (Dalloz, 1849, 1, 321).
(2) Comparez Aubry et Rau, t. VI, p. 27 et note 45.

conditionnelle, ou un legs sous condition résolutoire : c'était donc une question de fait, et non une question de droit. Ce que la cour ajoute sur les effets de la condition résolutoire est évident : la libéralité étant résolue comme si elle n'avait jamais été faite, il ne pouvait plus y avoir de substitution (1). Il y a un arrêt dans le même sens de la cour de Caen (2).

Dans l'espèce suivante, il y avait doute : la cour de Lyon a jugé qu'il y avait substitution et la cour de cassation a décidé que la disposition litigieuse était conditionnelle. Après avoir légué l'usufruit de tous ses biens à sa femme, le testateur instituait pour ses légataires universelles, conjointement entre elles, avec droit d'accroissement en cas de prédécès de l'une d'elles, ses deux nièces, lesquelles seront propriétaires du jour de son décès. Puis le testateur ajoutait que le legs à ses nièces était fait sous la condition qu'elles atteindraient leur majorité ou que l'une d'elles deviendrait majeure, et que si l'une et l'autre mouraient avant cet âge sans enfants, il voulait que le legs profitât, en ce cas, à ses héritiers naturels.

La cour de Lyon, se fondant sur les termes du testament qui déclaraient formellement que les deux nièces seraient propriétaires à partir de son décès, en conclut que la propriété reposait sur leur tête, qu'elles étaient chargées de conserver et de rendre les biens aux héritiers naturels du testateur, ce qui constituait l'ordre successif, caractère distinctif de la substitution. Il est vrai que le testateur ajoutait que ses deux nièces étaient appelées sous condition; la cour écarte l'objection, d'abord parce qu'il lui paraît très-contestable que les principes des conditions puissent être invoqués en matière de testament, et qu'en admettant que les legs puissent être conditionnels, on ne peut pas, sous la forme d'une disposition conditionnelle, faire une substitution prohibée. Ici est l'erreur de la cour. Sans doute, on ne peut pas éluder la prohibition des substitutions en faisant en apparence

(1) Colmar, 8 août 1819 (Dalloz, au mot *Substitution*, n° 116, 1°).
(2) Caen, 11 août 1825 (Dalloz, n° 185).

une disposition conditionnelle qui présente tous les caractères de la substitution fidéicommissaire. Mais la disposition litigieuse présente-t-elle ces caractères? Y avait-il ordre successif? une double transmission? La disposition, dit la cour de cassation, n'aurait les caractères de la substitution prohibée qu'autant que le testateur aurait manifesté l'intention d'opérer deux transmissions successives et de faire ainsi deux libéralités venant, non l'une à défaut de l'autre, mais l'une après l'autre, et conférant la propriété aux premiers gratifiés, sur la tête desquels elle persisterait, sous la charge de conserver jusqu'à leur décès et de rendre à ce moment, de sorte que la propriété passe, alors seulement, sur la tête des gratifiés en second ordre. Or, dans l'espèce, rien dans les termes de la disposition n'impliquait l'institution de deux ordres successifs de légataires devant transmettre de l'un à l'autre l'objet d'une double libéralité. Il n'y avait qu'un seul legs, purement conditionnel et subordonné à une éventualité incertaine, celle d'une condition suspensive ou résolutoire, dont l'accomplissement a pour effet de rendre comme non avenu le legs soumis à une telle condition. La conséquence est que les héritiers naturels du testateur existants au jour de son décès étaient appelés aux biens, non comme substitués, mais à titre d'héritiers (1).

N° 4. FIDÉICOMMIS *de residuo* ET SUBSTITUTION FIDÉICOMMISSAIRE.

503. Le fidéicommis *de residuo* a quelque ressemblance avec la substitution fidéicommissaire, dans les termes que le testateur emploie; mais il y a cette différence essentielle que l'institué est seulement chargé de rendre ce qui restera, ce qui implique qu'il n'est pas tenu de conserver, le testateur lui ayant donné le pouvoir d'aliéner, soit d'une manière absolue, soit à titre onéreux. Ainsi, quoique faite dans les termes d'une substitution, la disposition litigieuse doit être validée comme substitution fidéicommissaire lorsque le testateur a donné à l'institué

(1) Cassation, 18 juin 1873 (après délibéré en chambre du conseil. Dalloz, 1873, 1, 283).

le droit de disposer (1). Un testateur commence par dire : « Je donne et lègue mes biens à mon neveu pour par lui en disposer en toute propriété et jouissance à compter du jour de mon décès. » Puis il ajoute : « Je veux et entends que, dans le cas où mon neveu viendrait à décéder sans postérité, les biens que je viens de lui léguer *retournent* à mes héritiers naturels, excepté néanmoins, etc. » Il y a là, en apparence, une substitution faite sous condition, puisque, dans l'opinion générale, le *retour* stipulé au profit des héritiers seuls équivaut à une substitution fidéicommissaire. Mais pour qu'il y ait substitution, il faut que l'institué soit obligé de conserver. Or, dans l'espèce, le testateur ne lui impose pas cette obligation ; au contraire, il laisse au légataire toute liberté de disposer des biens. La clause par laquelle il veut que les mêmes biens retournent à ses héritiers venant après cette autorisation générale et absolue de disposer ne peut être considérée que comme donation de ce qui restera en possession du légataire lors de son décès. C'est dire qu'il y a fidéicommis *de residuo*. Telle a été la décision de la cour de cassation (2).

La cour de cassation a encore jugé qu'il y a fidéicommis *de residuo* lorsque le testateur défend au légataire de disposer des biens par testament, mais lui laisse la faculté de disposer entre-vifs. Dans l'espèce, le testateur avait institué pour légataire universelle sa femme, avec cette clause qu'elle jouirait des biens légués à son plaisir et volonté, sauf à remettre la moitié de ce qui lui restera après son décès aux proches parents du testateur. La cour de Montpellier interpréta cette disposition en ce sens que la légataire n'avait pas le droit de disposer par testament ; mais comme elle avait le pouvoir de jouir des biens « à son plaisir et volonté », elle n'était pas obligée de conserver, donc il y avait seulement fidéicommis *de residuo*. La cour de cassation confirma cette interprétation (3).

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 28 et note 51, § 694.
(2) Rejet, 27 février 1843 (Dalloz, au mot *Substitution*, n° 69, 6°), et 17 février 1836 (*ibid.*, n° 69, 9°).
(3) Rejet, 11 août 1864 (Dalloz, 1864, 1, 468).

504. La charge de rendre, quand elle est conçue en termes absolus, implique l'obligation de conserver, car on ne peut pas rendre si l'on ne conserve pas. Mais si, tout en chargeant le légataire de rendre, le testateur lui permet « de jouir et disposer en bon père de famille », il n'y a pas charge de conserver, et la charge de rendre sans la charge de conserver équivaut à un fidéicommis *de residuo* (1).

La seule difficulté est de savoir si le testateur a donné à son légataire plein pouvoir de disposer. Il lègue le disponible à son petit-fils en pleine propriété; l'objet du legs consiste en valeurs mobilières. Puis le testateur ajoute : « Si mon petit-fils vient à décéder sans enfants, son père héritera de son lot et je le substitue au lieu et place de mon petit-fils. » D'après les termes du testament, il y avait substitution; mais le pouvoir de disposer résultait de la nature des choses léguées et de la clause qu'elles étaient données en *toute propriété* au légataire. Celui qui est propriétaire de valeurs mobilières, sans qu'on lui impose aucune garantie pour l'emploi et la conservation, a le droit d'en disposer; si donc il est tenu de rendre, il n'est pas obligé de conserver, partant la substitution apparente n'est qu'un fidéicommis *de residuo*. La cour de cassation a approuvé cette interprétation (2).

N° 5. DROIT D'ACCROISSEMENT ET SUBSTITUTION FIDÉICOMMISSAIRE.

505. Un legs est fait conjointement à plusieurs personnes, avec la clause qu'en cas de prédécès d'un ou de plusieurs des légataires, les survivants recueilleront la totalité du legs. Cette disposition peut avoir deux sens. Si le testateur a prévu le cas où l'un des colégataires décéderait après lui, c'est-à-dire après avoir recueilli les biens, il y a substitution prohibée, puisqu'il y a deux libéralités avec ordre successif. Mais si le testateur a prévu le cas où l'un des colégataires décéderait avant lui,

(1) Rejet, 12 mai 1819 (Dalloz, au mot *Substitution*, n° 119), et 2 mars 1864 (Dalloz, 1864, 1, 214).
(2) Rejet, 28 novembre 1849 (Dalloz, 1850, 1, 113).

donc sans avoir recueilli les biens, il y a lieu au droit d'accroissement au profit des autres légataires. Quelle interprétation faut-il préférer? Il y a deux principes en conflit. D'une part, on dit que les actes doivent être interprétés de manière à leur donner effet; d'après ce principe, il faut écarter l'interprétation qui annulerait la disposition comme contenant une substitution prohibée. Mais si l'on décide qu'il y a seulement droit d'accroissement, la clause devient inutile, car l'accroissement entre colégataires conjoints a lieu de droit. Dans ce conflit que faut-il faire? A notre avis, il faut consulter l'intention du testateur et, par conséquent, les circonstances de la cause; c'est une question de fait, d'interprétation de volonté (1).

La jurisprudence se décide d'après le principe qu'elle aime à appliquer, en validant les actes quand il y a possibilité de n'y pas voir une substitution prohibée. Une testatrice nomme pour ses légataires à titre universel et par portions égales les trois enfants de son frère, voulant, dit-elle, qu'en cas de décès sans postérité de l'un ou de l'autre de ses neveux, la portion du prédécédé profite tout entière à celui ou à ceux qui survivront, pour être partagée entre les survivants par part égale. Il a été jugé que la testatrice n'avait voulu qu'établir le droit d'accroissement entre ses légataires dans le cas où l'un d'eux viendrait à mourir avant elle. La cour avoue que la clause ainsi interprétée était inutile, puisque l'accroissement avait lieu de droit; mais dans le doute, dit-elle, les juges doivent interpréter les actes dans un sens favorable à leur maintien, et ils doivent aussi présumer que les testateurs ont voulu se conformer à la loi, plutôt que de s'en écarter (2). Ce sont des motifs de droit, insuffisants, à notre avis. Y avait-il réellement doute? Les termes n'en laissent guère; ils impliquent une substitution; la testatrice suppose que l'un des colégataires prédécède à l'autre, elle ne suppose pas que l'un des colégataires prédécède à

(1) Comparez Aubry et Rau, t. VI, p 27, et Demolombe, t. XVIII, p. 288, n° 165.

(2) Rejet, 19 juillet 1814 (Dalloz, au mot *Substitution*, n° 221), et 10 janvier 1821 (*ibid.*, n° 222).

elle-même. La cour a donc soulevé un doute pour interpréter l'acte en un sens qui permette de le maintenir; elle aurait dû, nous semble-t-il, interroger la pensée de la testatrice et maintenir l'acte seulement dans le cas où il y aurait eu doute véritable et invincible (n° 489).

§ IV. *Conséquence de la prohibition.*

N° 1. PRINCIPE.

506. Après avoir prohibé les substitutions, l'article 896 ajoute, dans un deuxième alinéa : « Toute disposition par laquelle le donataire, l'héritier institué ou le légataire sera chargé de conserver et de rendre à un tiers sera nulle, même à l'égard du donataire, de l'héritier institué ou du légataire. » Merlin dit que l'on s'étonne que le sens de cette disposition ait été contesté; à la première lecture, tout homme de bonne foi conviendra que la loi annule toute la disposition, c'est-à-dire non-seulement la substitution, mais aussi l'institution. Tel est le sens littéral et naturel de ces mots que la *disposition* est nulle, *même à l'égard du donataire, de l'héritier institué ou du légataire*. Quand le texte est clair et évident, le devoir de l'interprète est de s'y tenir, au lieu d'aller chercher des difficultés là où il n'y en a point. C'est ce que l'on a fait pour l'article 896; l'on a dit et jugé que la loi annulait seulement la substitution et qu'elle maintenait l'institution. C'est faire dire au législateur le contraire de ce qu'il dit. Le premier alinéa de l'article 896 prohibe les substitutions et les annule. Pourquoi le législateur a-t-il ajouté un second alinéa? Précisément pour frapper de nullité la *disposition* tout entière, la libéralité qui est faite à l'institué aussi bien que la libéralité qui est faite au substitué. C'est le sens du mot *même*, c'est le sens de tout l'alinéa, ou il faut dire que l'alinéa n'a point de sens. C'est ce que Merlin établit avec une évidence à laquelle il n'y a rien à ajouter; nous renvoyons à son réquisitoire.

Qu'oppose-t-on au texte? Un passage du discours de l'orateur du Tribunat. Si nous en disons un mot, c'est

pour tenir nos lecteurs en garde contre les travaux préparatoires, dont on se sert trop souvent pour soutenir les opinions les plus hétérodoxes. Voici les paroles de Jaubert : « Pour qu'une disposition à titre gratuit soit valable, la transmission devra s'opérer directement et immédiatement de l'auteur de la libéralité en faveur de celui qui en sera l'objet... Je donne ou lègue ma maison à Pierre à charge de la rendre à Jean; c'est cette disposition qui sera nulle, *même en faveur de Pierre.* » Cela signifie, dit-on, que Pierre, c'est-à-dire le donataire grevé, profite de la nullité de la substitution, donc l'institution est maintenue. Merlin répond que l'on fait dire au rapporteur du Tribunat, comme à la loi, le contraire de ce qu'il dit. Qu'y a-t-il de nul, suivant Jaubert? C'est la *disposition* avec charge de rendre. S'il ajoute que c'est en faveur de l'"institué, cela veut dire que la disposition sera nulle, même en tant que faite en faveur de Pierre. Après tout, si Jaubert avait réellement dit ce qu'on lui fait dire, il se serait mis en opposition avec le texte de la loi et, par conséquent, son opinion n'aurait aucune valeur.

On invoque encore les principes, c'est-à-dire l'esprit de la loi. Quand une condition est illicite, que fait le législateur dans les donations et testaments? Il la répute non écrite et maintient la disposition (art. 900). Pourquoi n'appliquerait-il pas le même principe à la charge de conserver et de rendre? Elle est illicite. Eh bien, qu'on l'efface. De ce que la substitution est viciée, ce n'est pas une raison pour annuler l'institution. Merlin va nous dire quelles sont les raisons spéciales à la substitution qui ont engagé le législateur à annuler la disposition tout entière. Si la loi avait maintenu l'institution tout en annulant la substitution, elle aurait très-souvent donné effet à une libéralité que le testateur n'a entendu faire qu'en faveur du substitué. Qui sait ce que le disposant a voulu? Entend-il avantager l'institué, même au cas où la substitution serait nulle? Il n'a qu'à déclarer que telle est sa volonté, et l'institution sera maintenue. Mais s'il garde le silence, le législateur ne peut tester pour lui, au risque de tester contre sa volonté. Il ne lui restait qu'à annuler

toute la disposition. Il devait le faire s'il voulait atteindre son but. La loi de 1792 n'annulait que la substitution. Qu'en résulta-t-il? C'est que l'institué se croyait lié par la volonté du disposant; il l'exécutait par conscience, par délicatesse, quoiqu'il ne fût pas obligé de l'exécuter. Il n'y avait qu'un moyen légal de rendre la prohibition efficace, c'était d'annuler la disposition tout entière. La jurisprudence est en ce sens ainsi que la doctrine; il est même inutile de citer des autorités, la question n'étant pas douteuse (1).

507. L'application du principe donne lieu à une question assez difficile. On suppose que la disposition qui contient la charge de conserver et de rendre n'oblige l'institué à rendre au substitué qu'une partie des objets qui lui ont été donnés ou légués; cette substitution partielle aura-t-elle pour effet d'annuler la disposition tout entière, même pour les objets qui ne sont pas grevés de la charge de restitution? Il y a des arrêts qui décident nettement que la substitution n'étant que partielle, la nullité aussi est partielle. Le testateur charge le légataire de conserver et de rendre les immeubles à un tiers; il ne lui impose pas cette charge pour le mobilier légué. Il a été jugé que la substitution prohibée par la loi ne rend nulle que la disposition à laquelle elle se rapporte; qu'elle ne peut donc atteindre la disposition des effets mobiliers, l'heritier institué n'étant pas chargé de les conserver et de les rendre. La cour de cassation confirma cette interprétation (2). Elle est généralement suivie par les tribunaux. Annuler la disposition tout entière, dit la cour d'Agen, c'est ajouter à l'article 896 et dépasser, par conséquent, la rigueur de la loi. Elle annule la disposition qui est grevée de la charge de conserver et de rendre; la loi ne dit pas que la disposition est nulle, dès qu'il s'y trouve une clause qui oblige le donataire à rendre une partie des objets donnés. Il faut donc diviser la libéralité comme le

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Substitution fidéicommissaire*, sect. I, § XIV, n° 11. Voyez les arrêts cités par Dalloz, n° 230.
(2) Bordeaux, 21 août 1813, et Rejet, 3 août 1814 (Dalloz, au mot *Substitution*, n° 234).

disposant lui-même l'a fait, en annulant ce qu'il n'avait pas le droit de faire et en maintenant ce qu'il a fait légitimement (1).

508. La plupart des auteurs enseignent la même opinion (2). Coin-Delisle fait une objection très-sérieuse qui a entraîné d'autres auteurs et même, comme on le prétend, la cour de cassation. Pourquoi, dit-on, le législateur annule-t-il l'institution en même temps que la disposition? Parce que l'on ne sait pas si le testateur aurait maintenu la libéralité qu'il fait à l'institué s'il avait prévu que la libéralité faite au substitué serait annulée. La même incertitude n'existe-t-elle pas dès qu'une partie de la libéralité est grevée de restitution? Qui peut affirmer que le disposant aurait donné à l'institué les biens qu'il ne grève pas de restitution, s'il avait su que la libéralité serait annulée en ce qui concerne les biens qu'il grève de la charge de conserver et de rendre? Donc, dans l'esprit de la loi, toute la disposition doit être nulle (3).

Sans doute, il y a toujours une question d'intention dans les actes de dernière volonté, et si l'on pouvait prouver que le défunt a entendu subordonner l'efficacité de la libéralité tout entière, à l'exécution de la charge partielle de conserver et de rendre, il faudrait annuler toute la disposition. Mais quand le testateur n'a pas déclaré sa volonté, il faut interpréter l'acte d'après l'article 896. Or, le texte limite la nullité à la disposition qui comprend les biens que l'institué doit rendre; on ne peut pas, en invoquant l'esprit de la loi, étendre une exception, et l'on ne saurait contester que l'article 896 ne consacre une exception.

509. Examinons maintenant les arrêts qui paraissent avoir consacré l'opinion que nous combattons. Nous avons rapporté l'arrêt de la cour de cassation qui maintient

(1) Agen, 13 décembre 1811 (Dalloz, au mot *Substitution*, n° 235). Comparez Bruxelles, 18 février 1830 (*Pasicrisie*, 1830, p. 46).
(2) Voyez les auteurs cités par Demolombe, t. XVIII, p. 206, n° 179, et par Dalloz, 1865, 1, 439, note 1.
(3) Coin-Delisle, p. 53, n° 44 de l'article 896, suivi par Marcadé.

l'annulation d'un testament par lequel la testatrice, après avoir institué son neveu pour son légataire universel, ajoute que si ledit légataire n'avait pas de descendant légitime, la fortune entière qu'elle délaissera, meubles et immeubles, reviendra à son frère puîné ou à sa descendance. On soutint devant la cour de cassation que la substitution de valeurs mobilières, à défaut d'emploi prescrit pour en assurer la représentation, devait être considérée comme un *fidéicommis de residuo,* et on en concluait que la substitution devait être maintenue, dans l'espèce, pour les meubles. La cour décida qu'il était inutile d'examiner si la substitution de valeurs mobilières était valable à titre de fidéicommis *de residuo*, parce que l'institution, annulée par l'arrêt attaqué comme entachée de substitution prohibée, résultait d'une disposition unique, laquelle comprenait dans sa généralité tous les biens légués, meubles et immeubles. Or, dit la cour, une pareille disposition est soumise, dans toutes ses parties, à la même condition; elle est donc indivisible, on ne peut la scinder sans s'exposer à méconnaître et à violer la volonté de la testatrice, en la maintenant pour une partie et en l'annulant pour l'autre. Jusqu'ici la cour décide en fait, en se fondant sur l'intention de la testatrice telle qu'elle résultait de la clause litigieuse. Mais la cour va plus loin, car elle ajoute que l'article 896 résiste à la distinction que l'on prétendait établir. Cet article, dit l'arrêt, absolu dans ses termes, ne permet pas de supposer qu'en cas de substitution partielle il ait entendu restreindre aux biens substitués qu'elle comprend les effets de la nullité qu'il édicte contre la disposition principale; l'interpréter ainsi, dit la cour, ce serait énerver ses prescriptions inspirées par des considérations d'ordre public qui en exigent l'applition rigoureuse (1).

Si l'on s'en tient aux considérants, la cour de cassation repousse en termes formels toute nullité partielle. Mais les considérants ne doivent pas être séparés du dispositif. En tenant compte des circonstances du fait, la déci-

(1) Rejet, 31 mai 1865 (Dalloz, 1865, 1, 433).

sion de la cour nous paraît très-juridique. En effet, la testatrice n'avait pas dit : Je substitue mes immeubles et je lègue mes meubles sans substitution ; elle avait déclaré expressément substituer ses biens *meubles et immeubles*; elle avait donc déclaré sa volonté. De quel droit la scindait-on quand elle-même disposait d'une manière indivisible? Il en serait autrement si la testatrice disait : Je substitue mes immeubles et je lègue mes meubles sans substitution. Dans ce cas, elle-même divise et fait, en réalité, deux dispositions, l'une avec substitution, l'autre sans substitution, l'une valable, l'autre nulle. Pourquoi annulerait-on la partie valable? Ce serait dépasser l'article 896. Les considérations d'ordre public que la cour invoque sont hors de cause en ce qui concerne une disposition que le testateur n'a pas grevée de la charge de conserver et de rendre.

510. La question s'est représentée devant la cour de cassation, et elle a reçu une solution qui se rapproche de l'opinion que nous venons d'énoncer. Dans son premier arrêt, la cour semblait nier que la nullité pût être partielle. Dans le second arrêt, elle dit que l'on peut admettre que la substitution qui ne grève qu'en partie la disposition principale n'en entraîne la nullité que dans la proportion dans laquelle il y a charge de conserver et de rendre; la cour y met cette condition que, pour le surplus, la disposition non grevée de substitution s'en dégage nettement et n'en subisse l'influence sous aucun rapport. Mais lorsque la substitution, par la volonté du testateur ou par la nature des conditions auxquelles elle est soumise, réagit sur toute la disposition, dans ce cas, quoiqu'elle ne frappe directement qu'une partie des biens, elle vicie la disposition entière; la raison en est que la propriété du grevé reste incertaine pour le tout jusqu'à l'ouverture de la substitution, puisque son droit ne peut se fixer définitivement sur aucune des parties. Or, c'est cette incertitude de la propriété qui constitue un des grands inconvénients des substitutions et qui l'a fait prohiber d'une manière absolue. Telle était l'espèce qui différait de celle que nous venons d'examiner : dans la première,

c'est la volonté du testateur qui rendait la substitution indivisible et en entraînait la nullité pour le tout : dans la seconde, c'est la nature de la condition que le testateur y avait attachée. L'acte portait : « Je donne aux deux enfants de M., par portions égales, mon domaine de..., et dans le cas où l'un des deux enfants viendrait à décéder avant sa majorité, je veux que M., le dernier-né hérite de sa portion. » Le substitué n'était pas appelé à tout le domaine, il ne devait recueillir que la part du prémourant, donc en aucun cas plus de la moitié; si cette moitié avait été déterminée, l'on aurait pu diviser la substitution et, par suite, la nullité eût été partielle; mais la moitié restait incertaine jusqu'à l'événement de la condition dont la réalisation devait donner ouverture à la substitution; ce n'est qu'à ce moment que la part revenant au substitué était fixée; jusque-là la part des deux institués restait affectée de la substitution, puisqu'on ne pouvait savoir lequel viendrait à prédécéder; donc chacun des institués était obligé de conserver sa portion pour la rendre, le cas échéant, au substitué; partant les deux parts se trouvaient affectées par la substitution et étaient frappées d'indisponibilité, quoique l'une d'elles seulement dût être rendue au substitué. Dans cet état de choses, la cour a raison de conclure que la disposition principale formait, dans ses rapports avec la substitution, un tout indivisible, et tombait, pour chacune de ses parties, sous l'application de l'article 896. La disposition était donc nulle pour le tout, comme l'avait jugé la cour de Pau (1).

511. Nous avons supposé qu'il n'y avait qu'une seule disposition dont une partie était grevée de substitution. S'il y a plusieurs dispositions dans un testament, les unes grevées de substitution, les autres non soumises à la charge de conserver et de rendre, il n'y a plus de doute; les dispositions étant distinctes, indépendantes l'une de l'autre, forment comme autant de testaments différents, la nullité de l'une ne peut pas entraîner la nullité de

(1) Rejet, 4 décembre 1865 (Dalloz, 1866, 1, 38). Comparez Rejet, 9 juillet 1851 (Dalloz, 1851, 1, 187).

l'autre; la loi n'annule pas tout l'acte dans lequel se trouve une substitution, elle annule seulement la disposition qui est affectée de la charge de conserver et de rendre. Sur ce point, la jurisprudence est d'accord avec la doctrine (1).

De là suit que si l'héritier institué est grevé de la charge de conserver et de rendre les biens qui lui ont été légués, les legs qui se trouveront dans le même acte et qu'il était tenu d'acquitter ne tombent pas avec son propre legs. Il est de principe que les legs sont une charge de l'hérédité; c'est celui qui la recueille qui doit les payer. C'est donc celui qui prendra les biens à défaut de l'institué qui sera tenu d'acquitter les legs (2).

Le principe suppose que les dispositions sont indépendantes l'une de l'autre. S'il y a des dispositions accessoires qui soient une conséquence ou une dépendance de l'institution viciée et nulle, on applique le principe élémentaire que l'accessoire suit le principal. La substitution, en même temps qu'elle avantage le substitué, trouble l'ordre naturel des successions en privant de l'hérédité ceux qui y étaient appelés en vertu de la loi. Si la disposition exclut formellement tels parents auxquels les biens auraient dû revenir, il va de soi que l'exclusion tombe avec la disposition dont elle est une conséquence (3). Nous dirons plus loin à qui profite la nullité de la substitution.

Il s'est présenté un cas très-singulier. Le testateur ordonnait le prélèvement, sur la masse de la succession, des frais de l'instance à soutenir éventuellement pour la défense d'une disposition qui pouvait être attaquée pour cause de substitution. Le testament fut attaqué et annulé. Qui devait supporter les frais : le défendeur ou la succession? En principe, la partie qui succombe est condamnée personnellement aux frais (code de pr., art. 130);

(1) Rouen, 24 août 1812 (Dalloz, au mot *Substitution*, n° 155). Caen, 2 décembre 1847 (Dalloz, 1849, 2, 226). Aubry et Rau, t. VI, p. 30, et note 56; Demolombe, t. XVIII, p. 206, n° 178.
(2) Angers, 7 mars 1822 (Dalloz, au mot *Substitution*, n° 121).
(3) Paris, 16 décembre 1833 (Dalloz, au mot *Substitution*, n° 67, 5°).

pouvait-elle se prévaloir, dans l'espèce, de la clause qui mettait les frais à charge de la succession? Le tribunal de première instance le jugea ainsi : le testateur, dit-il, prévoyant que ses dispositions seraient attaquées, a voulu mettre ses légataires à même d'en soutenir la validité sans courir le risque des frais trop considérables qu'ils auraient à supporter. Cette décision fut réformée en appel, et avec raison. La disposition litigieuse était illégale, puisqu'elle était viciée par une substitution; la nullité étant d'ordre public, la clause qui tendait à la maintenir était également viciée. Les héritiers légitimes ayant obtenu gain de cause, il eût été injuste de leur faire supporter les frais d'une instance qui tendait à soutenir une institution contraire à l'ordre public (1).

512. Peut-on considérer comme dispositions indépendantes l'institution qui se trouve dans un premier testament et la substitution qui se trouve dans un second? On enseigne que les deux testaments n'ayant d'effet qu'à la mort du testateur doivent être considérés comme une seule et même disposition, ce qui entraîne la nullité de la substitution et de l'institution conformément à l'article 896. Cela n'est-il pas trop absolu? Il y a sans doute des cas où le second testament ne fait qu'un avec le premier et où l'on doit, par conséquent, appliquer la nullité prononcée par l'article 896. Par testament olographe, une testatrice lègue 30,000 francs à son petit-neveu. Puis elle fait un testament par acte public où on lit la disposition suivante: « J'ai légué à mon petit-neveu une somme de 30,000 fr. pour le remplir de ses droits dans ma succession. Je confirme ce legs, mais à la charge de conserver et de rendre la somme de 30,000 francs à ses enfants nés et à naître. » Il a été jugé que les deux testaments formaient un tout indivisible et que la substitution inscrite dans le second était devenue la condition essentielle de la libéralité que la tante voulait faire à son petit-neveu (2). Cela n'était

(1) Metz, 7 juillet 1869 (Dalloz, 1869, 2, 226).
(2) Rejet, 2 mars 1858 (Dalloz, 1858, 1, 308). Comparez Rejet, de la chambre civile, 21 juin 1841 (Dalloz, au mot *Substitution*, n° 57, 2°). Aubry et Rau, t. VI, p. 29 et note 55.

guère douteux, bien que le procès ait été porté jusqu'en cassation.

Mais les deux testaments ne sont pas toujours et nécessairement indivisibles. Dès qu'il y a plusieurs testaments, il faut examiner si le dernier déroge au premier; ce qui est une question d'intention, et ces questions se décident d'après les circonstances de la cause. Les juges peuvent donc décider en fait que l'intention du testateur, en faisant le dernier testament, avec charge de conserver et de rendre, n'a pas été de révoquer le premier, qui contient une institution pure et simple. Une testatrice lègue tous ses biens à son beau-frère purement et simplement Puis elle fait un second testament par lequel elle reproduit cette institution, avec charge de conserver et de rendre au profit des fils du légataire. Dans un troisième testament, elle fait un legs au profit de sa servante, en répétant que, sauf ce legs, elle donne tout à son beau-frère. Cette volonté persévérante d'avantager son beau-frère excluait toute pensée de révocation de la libéralité qu'elle lui avait faite; dès lors l'institution première, pure et simple, devait être maintenue (1).

N° 2. EXCEPTIONS.

513. En règle générale, l'institution et la substitution forment une seule disposition indivisible; voilà pourquoi la loi frappe de nullité la disposition entière. Cependant on ne peut pas poser en principe que la substitution et l'institution forment toujours et nécessairement un tout indivisible ; cela n'est vrai que si l'une et l'autre libéralité sont valables en elles-mêmes, car il y a deux libéralités puisqu'il y a deux gratifiés. Or, l'une de ces libéralités peut être nulle en vertu des principes généraux qui régissent les donations et les legs ; y aura-t-il, dans ce cas, substitution prohibée? Non, car l'une des conditions requises pour qu'il y ait substitution fait défaut, il n'y a qu'une seule libéralité, un seul gratifié. Reste à savoir si

(1) Rouen, 6 janvier 1869 (Dalloz, 1870, 2, 248).

cette libéralité unique est valable. Il n'y a guère de doute dans le cas où l'institution est valable et la substitution nulle. Supposons que l'institution se trouve dans un premier testament, le second, qui contient la substitution, est nul en la forme; la nullité de la substitution entraînera-t-elle la nullité de l'institution? Non, le second testament, nul en la forme, est considéré comme n'ayant jamais été fait; il n'y a donc ni substitution ni institution, il y a une première libéralité qui est valable et qui doit recevoir son exécution. Vainement objecterait-on que le testateur a voulu subordonner sa première libéralité à la charge de conserver et de rendre; la volonté qui n'est pas exprimée dans les formes voulues par la loi n'est pas une volonté, la loi n'en tient aucun compte.

La question devient douteuse lorsque l'institution est nulle et la substitution valable. Celle-ci peut-elle valoir comme libéralité par elle-même et indépendamment de l'institution? On l'enseigne, par le motif que nous venons de donner dans la première hypothèse. La substitution aussi est une libéralité; quand l'institution est valable, le second gratifié ne recueille les biens qu'après le premier. Quand l'institution est nulle, le substitué devient un donataire ou un légataire ordinaire : pourquoi ne recueillerait-il pas les biens qui lui ont été donnés ou légués? Il est vrai que par sa nature même la substitution est une libéralité en second ordre, en ce sens qu'elle ne produit son effet qu'après la première; mais il n'en résulte pas qu'elle soit dépendante de la première et qu'elle doive tomber avec elle. Tout ce que l'on peut dire, c'est que la volonté du disposant est scindée, puisqu'elle ne reçoit son exécution qu'en partie; mais cela vient de ce qu'il a fait une institution nulle; la nullité de l'une des libéralités ne peut pas entraîner la nullité de l'autre, puisqu'elles sont distinctes et indépendantes. On objecte la volonté du testateur; s'il avait prévu la nullité de l'institution, aurait-il maintenu la substitution? Nous répondons que le juge n'a pas le droit d'entrer dans ces considérations. Il doit respecter une libéralité valable, sans qu'il puisse rechercher ce que le testateur

aurait fait s'il avait prévu la nullité de l'institution (1).

514. L'une des deux libéralités peut devenir caduque par le prédécès de l'institué ou du substitué. Dans ce cas, il n'y a plus de substitution, puisqu'il ne reste plus qu'une seule libéralité. Cela suppose que la disposition avec charge de conserver et de rendre est faite par testament; le substitué prédécède au testateur, la substitution tombe, l'institution subsiste. Il n'y a plus de substitution, puisqu'il n'y a plus de substitué. L'institution subsiste, puisque la libéralité est valable en elle-même. On ne peut pas objecter la volonté du disposant, puisque c'est de son vivant que le substitué est venu à mourir; il aurait donc pu changer ses dispositions, révoquer l'institution, il la confirme en ne faisant pas de nouveau testament. Il en est de même lorsque l'institué vient à prédécéder au testateur; il n'y a plus de substitution, puisqu'il n'y a plus d'institué. La substitution subsiste comme libéralité distincte et indépendante de l'institution. On a objecté que le substitué n'étant appelé qu'en vertu d'une substitution et à titre de substitué, la caducité de l'institution doit entraîner la caducité de la substitution. Nous avons déjà répondu à l'objection (n° 513); le testateur veut avantager le substitué aussi bien que l'institué; dans l'espèce, il a confirmé cette libéralité, puisque, l'institué étant prédécédé, il pouvait prendre de nouvelles dispositions s'il entendait que le substitué ne recueillît pas les biens immédiatement. Comme il ne change pas ses premières dispositions, on en doit conclure qu'il veut les maintenir. La jurisprudence est en ce sens ainsi que la doctrine (2).

515. La substitution peut être conditionnelle, ce qui ne l'empêche pas d'être prohibée et nulle. Si la condition défaillit pendant la vie du testateur, la disposition sera-t-elle nulle? Non, puisque la disposition n'existe qu'à la mort du testateur; or, à cette époque, il n'y a plus de

(1) Coin-Delisle, p. 54, nos 46 et 47 de l'article 896. Aubry et Rau, t. VI, p. 30 et note 58.

(2) Voyez les autorités citées par Aubry et Rau (t. VI, p. 38, note 59), par Demolombe (t. XVIII, p. 212, n° 184), et par Dalloz, n° 142. Il faut ajouter Paris, 19 juillet 1870 (Dalloz, 1870, 2, 215). Rejet, chambre civile, 19 mars 1873 (Dalloz, 1873, 1, 55).

deuxième libéralité, puisque la condition sous laquelle elle était faite ne peut plus se réaliser. On a objecté la règle catonienne d'après laquelle le testament vicié est nul par cela seul qu'il ne peut produire aucun effet au moment où il est dressé. Cette opinion, soutenue dans une consultation de Coin-Delisle, n'a pas prévalu. La cour d'Amiens ne répond pas même à l'objection, et la cour de cassation n'en a tenu aucun compte (1). Notre code ignore la règle catonienne. S'il prohibe les substitutions, c'est parce que l'institué est chargé de conserver et de rendre, et que la propriété frappée d'inaliénabilité est incertaine. Or, quand, du vivant du testateur, la charge de conserver et de rendre s'évanouit, peut-on dire que la propriété reste un instant incertaine? Si on laissait là le droit romain et si l'on s'en tenait au texte et à l'esprit de notre législation, on éviterait bien des controverses et des procès. La cour de cassation ajoute, et cela allait sans dire, que si la condition vient à défaillir après la mort du testateur, la disposition ne laisse pas d'être nulle. Dans ce cas, l'article 896 est applicable, puisqu'il y a une disposition avec charge de conserver et de rendre, ce qui suffit pour qu'elle soit nulle.

516. Il faut décider par le même principe la question de savoir si la disposition entachée de substitution devient valable lorsque l'institué ou le substitué renoncent au bénéfice de la libéralité faite en leur faveur. Il ne peut pas être question d'une renonciation antérieure à l'ouverture de la disposition, puisque ce serait un pacte sur une succession future, pacte que le code prohibe d'une manière absolue (art. 1130). Si la renonciation se fait après la mort du testateur, elle est inopérante, car la disposition est frappée de nullité dès l'instant où elle s'ouvre, et la nullité est radicale, comme nous le dirons plus loin. Donc au moment où l'institué ou le grevé renoncent à leur droit, ce droit n'existe plus; la renonciation est sans effet, la substitution est et reste nulle. On objecte que la

(1) Amiens, 6 avril 1854, et Rejet, 26 février 1855 (Dalloz, 1855, 2, 1, et 1855, 1, 229).

renonciation est une cause de caducité aussi bien que le prédécès du légataire (art. 1043), qu'elle doit donc produire le même effet. Dans les legs ordinaires, c'est-à-dire quand la libéralité est licite, cela est vrai, mais la substitution est une libéralité illicite; au moment où elle devrait s'ouvrir, elle est annulée, il n'y a plus de droit auquel l'un des gratifiés puisse renoncer. S'il en est autrement en cas de prédécès, c'est que, dans ce cas, la disposition n'étant pas ouverte, il n'y a pas encore de substitution, et il ne peut y en avoir, précisément à cause du prédécès de l'institué ou du substitué (1).

517. Le testateur, craignant que ses dispositions ne soient attaquées et annulées comme entachées de substitution, déclare que si les substitutions qu'il établit ne peuvent avoir lieu, il entend que celles qui ne sont pas contraires à la loi aient leur exécution. Cette clause efface-t-elle le vice de la substitution? La cour de cassation a validé une disposition conçue dans les termes que nous venons de rapporter, bien que l'acte contînt des substitutions prohibées. Nous croyons qu'elle a bien jugé. Le testateur peut se trouver dans l'incertitude sur le point de savoir si ses dispositions sont valables ou non; il ne veut pas violer la loi; que lui reste-t-il à faire? Il déclare que si ses dispositions sont contraires à la loi, il les efface et les retire. Dès lors il n'y a plus de substitution. En effet, pour qu'il y ait substitution, il faut que l'institué soit obligé de conserver et de rendre; or, le testateur ayant dit qu'il ne veut que l'exécution de celles de ses dispositions qui ne sont pas contraires à la loi, cette déclaration fait disparaître pour l'institué toute obligation, même morale, de conserver et de rendre. On demandera ce que deviennent les dispositions contenant des substitutions prohibées? La cour répond que le testateur, en renonçant à la substitution, manifeste l'intention de préférer l'institution à la substitution au cas où elles ne pourraient avoir effet l'une et l'autre; les biens deviennent

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 31 et note 60. Demolombe, t. XVIII, p. 213, n° 185.

donc libres de toute charge dans les mains de l'institué, ce qui fait disparaître tous les inconvénients à raison desquels la loi a prohibé les substitutions (1).

La clause peut aussi être conçue en d'autres termes. On suppose que le testateur dit que, dans le cas où la disposition serait attaquée comme renfermant une substitution, il entend que l'institution ait son effet comme libéralité pure et simple, sans charge aucune, ou que la substitution soit maintenue comme libéralité directe, l'institution étant abandonnée. La clause ainsi formulée est-elle valable? MM. Aubry et Rau enseignent qu'on doit la réputer non écrite, parce qu'elle tend à éluder la prohibition des substitutions (2). D'autres auteurs la déclarent valable. Il nous semble que cette dernière opinion doit être préférée, au moins comme règle. Sans doute, on ne peut pas permettre au testateur d'éluder la prohibition de la loi, surtout quand la loi est d'ordre public; car éluder la loi, c'est la violer, et la violation doit entraîner la nullité de la clause. Il faut donc voir si la clause litigieuse implique nécessairement la fraude. En général, la fraude ne se présume pas : pourquoi la présumerait-on en matière de substitution? L'interprète, au moins, ne le peut pas, puisque la loi n'établit aucune présomption, ni de bonne ni de mauvaise foi. Donc le juge devra rechercher la pensée du testateur, en prenant en considération les circonstances de la cause et les clauses de l'acte : il annulera la substitution malgré la clause qui tendait à prévenir l'annulation, s'il y a fraude à la loi : il la maintiendra si le testateur n'avait aucune intention de violer la prohibition de l'article 896. En théorie, il y a des probabilités pour la bonne et pour la mauvaise foi. Il est certain que bien des testateurs cherchent à échapper à la prohibition prononcée par l'article 896; et il est tout aussi certain qu'il y en a qui ne songent pas à éluder une loi qu'ils ignorent, et alors même qu'ils la connaissent, ils peuvent se tromper de bonne foi : les meilleurs

(1) Rejet, 5 décembre 1865 (Dalloz, 1866, 1, 36).
(2) Duranton, t. VIII, p. 101, n° 84. Aubry et Rau, t. VI, p. 32 et note 61.

jurisconsultes ne sont-ils pas divisés sur ces questions épineuses? Et si le testateur est de bonne foi, pourquoi ne lui permettrait-on pas d'ajouter une clause qui, en modifiant ses dispositions, leur donne effet (1)?

La jurisprudence est en ce sens; et, il faut le dire, dans les espèces qu'elle a eu à juger, il n'y avait aucune apparence de fraude, pour ne pas dire que la bonne foi était certaine. Un testateur avait fait plusieurs dispositions par lesquelles il stipulait le retour des choses données à ses héritiers, au cas où les légataires mourraient sans postérité. Les clauses de retour sont des plus douteuses; prévoyant ou craignant que ses dispositions restassent sans effet, le testateur ajouta : « Dans le cas où l'on prétendrait que je n'ai pas pu assurer le retour à mes héritiers et que, de fait, d'une manière ou de l'autre, le retour n'ait pas lieu, je dégage mon hérédité de toute pension envers la mère, etc. » Le testateur maintenait l'institution et supprimait la substitution. La cour de Paris donna effet à la clause; la question de fraude ne fut pas même agitée, la bonne foi du testateur n'était pas douteuse (2). Elle l'était encore moins dans une affaire jugée par la cour de Poitiers. La testatrice avait eu soin de prendre l'avis de plusieurs jurisconsultes et avocats distingués; elle déclare que, d'après les consultations qui lui ont été données, elle a lieu de croire que ses intentions sont conformes à la loi; mais si, contre son attente, les dispositions qu'elle avait faites en faveur de son petit-neveu venaient à être attaquées, sous prétexte qu'elles contiendraient une substitution prohibée par la loi, elle fait une libéralité pure et simple au profit de son légataire qu'elle chérissait et pour lequel elle sentait la plus tendre affection, voulant, en conséquence, qu'il recueillît un jour sa succession de préférence à tout autre (3).

518. Il en serait autrement si le testateur avait ajouté une clause pénale pour empêcher les héritiers d'attaquer

(1) Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, p. 251. Coin-Delisle, p. 57, n° 51 de l'article 896. Demolombe, t. XVIII, p. 215. n° 188.

(2) Paris, 3 mars 1820 (Dalloz au mot *Substitution*, n° 246).

(3) Poitiers, 30 juillet 1830, et Rejet, 20 décembre 1831 (Dalloz, n° 149).

les dispositions pour cause de substitution. Ici l'on peut appliquer à la lettre ce que les auteurs disent du caractère de la prohibition et de la nécessité de prononcer la nullité des clauses qui tendraient à l'éluder. Aussi la jurisprudence prononce-t-elle la nullité des clauses pénales ajoutées à une substitution dans le but de la maintenir. Nous renvoyons à ce qui a été dit ailleurs sur ce point(1).

N° 3. EFFET DE LA NULLITÉ.

519. L'article 896 prononce la nullité de la disposition tout entière. Quel est le caractère de cette nullité? La question est très-importante à raison des conséquences qui découlent du principe, suivant que l'on admet que la nullité est ou n'est pas d'ordre public. Nous croyons avec la cour de cassation que la nullité est essentiellement d'ordre public (2). Le caractère de la nullité qui sanctionne une prohibition dépend de la nature de la disposition qui est prohibée. Qu'on se rappelle les motifs qui ont fait prohiber les substitutions : elles sont contraires à l'intérêt économique de la société, parce qu'elles mettent les biens hors du commerce : elles sont en opposition avec le principe démocratique qui est la base de notre ordre social : elles blessent l'ordre moral en établissant l'inégalité entre les enfants du même père. Si jamais il y a eu une prohibition et, par suite, une nullité d'ordre public, c'est bien celle qui est écrite dans l'article 896. On l'a cependant contesté. La substitution, dit-on, est contraire à l'intérêt général, mais l'institution n'a rien qui compromette les intérêts de la société, c'est une libéralité ordinaire (3). Sans doute, mais quand cette libéralité se lie à une libéralité prohibée, elle est infectée des mêmes vices ; si l'on veut empêcher les substitutions, il faut frapper l'institution ; ces deux éléments des substitutions se confondent

(1) Rejet, de la chambre civile, 30 juillet 1827 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 185, 2°). Comparez le tome XI de mes *Principes*, p. 620, n° 475.
(2) Rejet, 2 mars 1858 (Dalloz, 1858, 1, 308).
(3) Berthauld, *Questions pratiques et doctrinales du code Napoléon*, t. I, p. 395, n°s 489 et 490.

donc à ce point qu'on ne peut pas les scinder, et dire que l'une est d'ordre public et que l'autre n'est pas d'ordre public; voilà pourquoi la loi prononce la nullité de la disposition.

Nous croyons qu'il faut aller plus loin; si l'on admet la doctrine des actes non existants, il faut décider que les substitutions sont frappées d'une nullité radicale, en ce sens qu'elles ne peuvent produire aucun effet. Aux termes de l'article 1131, l'obligation ne peut produire aucun effet quand elle a une cause illicite; et l'article 1133 dit que la cause est illicite quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public. Ces dispositions, comme nous l'avons dit ailleurs, reçoivent leur application aux donations et testaments, sauf l'exception que fait l'article 900 pour les conditions illicites qui sont réputées non écrites (1). Si l'on est d'accord sur ces prémisses, la conséquence ne saurait être contestée. Quelle est la cause des substitutions? Un motif juridique que la loi réprouve, soit un mobile aristocratique, soit une préférence et un privilége, soit l'indisponibilité des biens. A tous égards donc la substitution a une cause illicite; on peut dire qu'elle réunit tous les vices qui constituent une cause illicite d'après l'article 1131: elle est prohibée par la loi, elle est contraire aux bonnes mœurs et à l'ordre public. Certes si un acte mérite d'être frappé par le législateur, c'est celui qui blesse tous les intérêts, tous les droits. Et quel est le moyen le plus énergique d'empêcher que les substitutions ne soient exécutées malgré la prohibition de la loi? C'est de les déclarer non existantes; n'ayant pas d'existence aux yeux de la loi, elles ne pourront jamais produire aucun effet. Tandis que si l'on se contente de les déclarer nulles, elles auront une existence juridique, elles pourront être exécutées, confirmées et devenir pleinement valables. Nous reviendrons sur la théorie des actes inexistants, au titre des *Obligations;* nous l'avons déjà exposée et appliquée à plusieurs reprises. Pour le moment, nous supposons

(1) Voyez le tome XI de mes *Principes*, p. 564, nos 427 et suivants.



les principes démontrés et nous en faisons l'application aux substitutions.

520. L'une des conséquences les plus importantes de l'inexistence d'un acte juridique, c'est qu'il ne peut être confirmé; tandis que la nullité se couvre par la confirmation de celui qui avait le droit d'agir en nullité. La substitution peut-elle être confirmée? Dans notre opinion, la négative est certaine, puisque les actes inexistants ne sont pas susceptibles d'être confirmés. Il ne peut y avoir ni confirmation expresse ni confirmation tacite par l'exécution de l'acte; ce serait donner effet à une disposition qui ne peut produire aucun effet, selon l'expression énergique de l'article 1131. Vainement se prévaudrait-on de l'exécution donnée à la disposition par les héritiers; ceux-ci pourront néanmoins opposer l'inexistence de l'acte. La confirmation ne se conçoit même pas, abstraction faite de la théorie des actes inexistants. Elle rétroagit en ce sens qu'elle efface le vice qui infecte l'acte, de sorte que l'acte est considéré comme n'ayant jamais été vicié. Or, conçoit-on qu'une disposition contraire aux lois, aux bonnes mœurs et à l'ordre public soit jamais purgée de ces vices? La confirmation est une renonciation au droit qu'a la partie intéressée de demander la nullité de l'acte; conçoit-on que les particuliers renoncent à ce qui est d'intérêt général?

La cour de cassation a consacré cette doctrine, mais elle n'en admet pas toutes les conséquences. Cela tient à l'incertitude qui règne dans la jurisprudence sur les caractères et les effets des actes que nous appelons inexistants. Nous devons nous borner ici à constater l'état de la jurisprudence, nous la discuterons au titre des *Obligations*. La cour de cassation formule le principe dans les termes les plus absolus. « Attendu que la nullité résultant d'une clause de substitution prohibée est d'ordre public et ne peut, par conséquent, être couverte par aucune ratification, soit expresse, soit tacite. » Dans l'espèce, le légataire universel avait exécuté un legs entaché de substitution; était-ce une confirmation tacite? L'exécution volontaire vaut confirmation, aux termes de l'ar-

ticle 1338; cet article suppose que les actes sont simplement nuls; s'ils sont inexistants, il ne peut être question de les confirmer en les exécutant. La décision de la cour de cassation n'est pas aussi nette; elle insiste sur la nature des actes d'exécution que l'on opposait au légataire universel pour le déclarer non recevable à demander la nullité; ces actes maintenaient la substitution écrite dans le testament; en remettant à l'institué les objets légués, il avait dit formellement qu'ils étaient grevés de la charge de conserver et de rendre; donc l'exécution laissait subsister le vice de la substitution; pour mieux dire, l'exécution était infectée du même vice, partant elle était nulle et ne pouvait certes empêcher l'action en nullité (1). Cela est certain, mais cela implique qu'il peut y avoir des actes d'exécution qui rendent l'action en nullité non recevable; c'est ce que nous ne saurions admettre; dans la doctrine des actes inexistants, la chose est évidente; on ne confirme pas le néant, et le néant ne saurait jamais produire un effet quelconque.

Un testament contient un legs universel entaché de substitution et un legs particulier au profit du neveu, héritier légitime du testateur. Celui-ci demande la délivrance de son legs au légataire universel; plus tard, il intente une action en nullité du testament; on lui oppose comme fin de non-recevoir la demande en délivrance, qui implique une renonciation à attaquer le testament qu'il exécutait volontairement. La cour de cassation décida que les nullités d'ordre public n'étaient susceptibles d'être couvertes par aucune ratification, et tel est évidemment le caractère de la nullité dont la loi frappe les substitutions. On objectait, dans l'intérêt du pourvoi, que les parties peuvent valablement renoncer à se prévaloir d'une nullité d'ordre public en ce qui touche leurs intérêts pécuniaires. Dans notre opinion, cette objection est une hérésie; si l'acte est inexistant pour motif d'ordre public, il ne peut produire aucun effet (art. 1131), pas plus en ce qui concerne les intérêts pécuniaires que pour d'autres

(1) Rejet, 2 mars 1858 (Dalloz, 1858, 1, 308).

intérêts; pour mieux dire, en matière de substitution, il n'y a que des intérêts pécuniaires en jeu; permettre de confirmer l'acte au point de vue pécuniaire, ce serait le valider complétement; que devient alors le principe proclamé par la cour de cassation, que les nullités d'ordre public ne peuvent être couvertes par aucune ratification? La cour écarte l'objection par une autre considération, c'est que, dans l'espèce, la renonciation, si on l'admettait, maintiendrait le testament en son entier et pas seulement pour ce qui concerne le legs dont l'héritier avait réclamé la délivrance; donc la confirmation tendrait à valider la substitution tout entière. De là suit que la renonciation laissait subsister le vice de la substitution et était réellement entachée du même vice; ce qui la rendait nulle, et par conséquent il n'en pouvait résulter une fin de non-recevoir contre l'action en nullité (1). La décision nous paraît meilleure que les considérants sur lesquels elle est fondée. Si les parties peuvent pactiser sur leurs intérêts pécuniaires, alors même qu'il s'agit d'une nullité d'ordre public, pourquoi ne pourraient-elles pas transiger sur tous les intérêts pécuniaires qui résultent d'une substitution? Les considérants dépassent le dispositif et conduisent à des conséquences que nous ne saurions admettre.

Il a été jugé, en matière fiscale, que l'exécution de la substitution, après qu'elle est ouverte au profit du substitué, en couvre la nullité, de sorte que la régie peut exiger les droits de mutation à raison d'une disposition que la loi déclare nulle, alors que la jurisprudence décide que la nullité est d'ordre public. Cela nous paraît inadmissible; l'ordre public proteste contre tout effet que l'on voudrait donner à une substitution. Cela prouve aussi que le principe proclamé par la cour de cassation est insuffisant, qu'il faut aller plus loin en déclarant l'acte inexistant (2).

(1) Rejet, 24 avril 1860 (Dalloz, 1860, 1, 224). Comparez Amiens, 6 mars 1866 et 7 décembre 1868 (Dalloz, 1869, 2, 41 et 59).

(2) Cassation, 5 mars 1866 (Dalloz, 1866, 1, 123) et 11 décembre 1860 (Dalloz, 1861, 1, 25).

521. A qui profite la nullité? est-ce au légataire universel ou à l'héritier *ab intestat?* Il va sans dire que si le légataire universel est chargé de conserver et de rendre, le legs étant nul, l'héritier a le droit de demander la nullité. Mais si le légataire universel est seulement chargé de conserver et de rendre une chose comprise dans son legs, qui profitera, dans ce cas, de la nullité du legs, le légataire universel ou l'héritier légitime? C'est demander aussi qui peut intenter l'action; car il n'y a que celui qui a intérêt qui peut agir. La question a fait l'objet de longs débats; nous allons d'abord retracer les vicissitudes de la jurisprudence.

Une testatrice institue pour sa légataire universelle sa cousine, en la chargeant de conserver et de rendre un domaine compris dans le legs à son enfant aîné, lequel le conserverait également pour le rendre à son enfant aîné. Cette substitution était permise, à l'époque où le testament fut dressé, en vertu de la loi du 17 mai 1826; mais lors du décès de la testatrice, le 2 septembre 1849, ladite loi était abrogée par la loi du 11 mai 1849. Le testament était donc régi par le code civil. Huit ans après l'ouverture de la succession, une parente de la testatrice attaqua le testament comme entaché de substitution. On lui opposa une fin de non-recevoir, le défaut d'intérêt, la nullité, s'il y en avait une, devant profiter au légataire universel. La cour de Caen jugea en ce sens. En principe, le legs universel investit le légataire de tous les droits qui appartiennent au testateur lors de son décès; donc la terre que le testateur chargeait la légataire universelle de conserver et de rendre était comprise dans le legs; il est vrai que le legs de cette terre était grevé de substitution, mais ce legs était frappé de nullité. A qui cette nullité devait-elle profiter? Elle ne pouvait profiter qu'au légataire universel, puisqu'il était appelé à recueillir tous les droits de la défunte, à l'exclusion des héritiers légitimes. Le legs nul est censé n'avoir pas existé, la terre léguée avec charge de substitution restait donc comprise dans la masse des biens qui était dévolue au légataire universel. La cour ajoute que telle était aussi

l'intention de la testatrice, puisqu'elle avait institué sa cousine pour son unique héritière; ce qui impliquait que si quelques-unes de ses dispositions venaient à ne pas recevoir leur exécution par une cause ou par une autre, les biens légués devaient faire retour au legs universel (1).

La cour de cassation cassa cette décision en se plaçant sur le terrain de l'article 896. Pourquoi le législateur déclare-t-il nulle la disposition tout entière, institution et substitution? C'est pour donner une sanction énergique à la prohibition qu'il prononce. Que deviendrait la prohibition si le droit d'agir en nullité était réservé à l'héritier testamentaire, à l'exclusion des héritiers du sang? Le légataire universel serait placé entre deux devoirs contraires : la loi lui donnerait le droit d'agir en nullité et le défunt lui imposerait le devoir d'exécuter la libéralité en conservant la chose pour la rendre au substitué. N'est-il pas à craindre qu'il n'agisse point, comme de fait, dans l'espèce, la légataire universelle n'avait point agi? Et si le seul qui a droit et intérêt d'agir n'agit point, que deviendra la prohibition des substitutions? Elles seront exécutées malgré la loi. Il n'y a qu'un moyen d'obtenir l'annulation des substitutions prohibées, c'est de donner le droit d'agir en nullité à l'héritier légitime, en lui attribuant le bénéfice de la nullité (2).

Cette interprétation, fondée sur l'esprit de la loi, ne dépasse-t-elle pas le texte? Le texte dit bien que l'institué ne peut recueillir le bénéfice de la nullité, puisque la disposition est nulle pour le tout, mais il ne dit pas que si la disposition tombe, l'héritier *ab intestat* doive en profiter, alors qu'il y a un légataire universel. Il y a donc conflit entre l'esprit et le texte. Comment le vider? La théorie de l'inexistence de la substitution conduit au même résultat que la jurisprudence de la cour de cassation. Pourquoi la loi frappe-t-elle d'inexistence la substi-

(1) Caen, 21 juillet 1860 (Dalloz, 1861, 2, 105). Demolombe avait donné une consultation en ce sens (comparez t. XVIII, p. 221, C, n° 191).

(2) Cassation, 6 janvier 1863 (Dalloz, 1863, 1, 43), et sur renvoi, Rouen, 25 juin 1863 (Dalloz, 1864, 2, 219).

tution? Parce qu'elle blesse les plus graves intérêts de la société; substituer, c'est violer la loi qui le défend, c'est se mettre en révolte contre l'ordre social qui réprouve les substitutions, c'est porter atteinte aux bonnes mœurs en jetant le trouble et la désunion dans les familles. La loi ne peut reconnaître aucun effet à une disposition pareille. Qu'est-ce à dire? Le défunt est censé n'avoir pas disposé de la chose qu'il a substituée; donc elle reste dans la succession *ab intestat*, et partant ce sont les héritiers légitimes qui doivent profiter de la nullité. Vainement le légataire universel dira-t-il que, là où il y a un legs universel, il n'y a point de succession *ab intestat*; que, par conséquent, le legs nul reste dans la succession testamentaire. Cela est vrai des legs que le testateur a pu faire et qui deviennent caducs, ou qui sont nuls sans que l'ordre public soit en cause. Mais quand le législateur déclare que la substitution ne saurait avoir d'effet, il dit par cela même que la chose substituée est censée n'avoir pas été léguée, et les choses non léguées appartiennent à l'héritier légitime.

522. Celui qui demande la nullité d'une substitution doit prouver qu'il y a charge de conserver et de rendre à un tiers. Comment fera-t-il cette preuve? Ceux qui attaquent un testament comme entaché de substitution doivent-ils prouver la substitution par le testament même, ou sont-ils admis à faire cette preuve d'après le droit commun, en déférant le serment ou en faisant interroger l'institué sur faits et articles, ou même par témoins et par présomptions? L'opinion presque générale est que la preuve de la substitution ne peut se faire que par le testament même. Il résulte du texte de l'article 896, combiné avec les articles 893-895, que la substitution doit être faite, soit par donation, soit par testament; or, la donation et le testament sont des actes solennels, et les actes solennels ne se prouvent que par les solennités que la loi prescrit. Il faut dire plus, c'est, à notre avis, mal poser la question que de demander comment on prouve une substitution : les solennités d'une donation sont prescrites, non pour la preuve de la donation, mais

pour son existence. Il en est de même du testament. Qui a jamais songé à prouver par serment ou par témoins l'existence d'une libéralité entre-vifs ou testamentaire? On ne peut pas davantage prouver, d'après les règles générales sur les preuves, l'existence d'une substitution, parce que la substitution est ou une donation entre-vifs ou un testament.

L'opinion contraire a pour elle l'autorité de Merlin; il faut donc nous y arrêter et répondre aux objections. Il n'y en a réellement qu'une seule, mais elle n'est pas sans gravité. On dit que l'institué peut être chargé de conserver et de rendre les biens à un tiers sans que l'acte, donation ou testament, le dise, l'institué ayant pris, soit par écrit, soit oralement l'engagement de conserver et de rendre; cet engagement d'honneur le portera à exécuter la substitution, et ainsi la prohibition prononcée par l'article 896 sera éludée. Nous répondons que l'engagement dont on parle ne constitue pas la charge de conserver et de rendre exigée par la loi; que par suite il n'y a pas de substitution. Supposez que le disposant dise, dans l'acte même, qu'il s'en rapporte à l'honneur, à la délicatesse, à la conscience de l'institué pour l'exécution de ses volontés; supposez qu'il ajoute que son désir est que les biens soient conservés et rendus à un tiers qu'il désigne; l'institué accepte le legs ainsi formulé : voilà l'engagement d'honneur prouvé par le testament même. Est-ce à dire qu'il y aura substitution? Non, certes; car il n'y a de substitution que lorsque le tiers a une action civile contre l'institué ou ses héritiers pour les contraindre à lui rendre les biens. Or, tout engagement, sauf la charge juridique de conserver et de rendre, n'est qu'un engagement d'honneur; et dès que l'institué n'est pas civilement obligé, il n'y a pas de substitution. Dira-t-on que, de fait, les biens seront conservés et rendus et qu'au lieu d'une substitution légale, il y aura une substitution frauduleuse? Non, cette prétendue substitution, qui repose sur un devoir moral, n'est pas une substitution, elle ne présente aucun des inconvénients qui ont fait prohiber la substitution fidéicommissaire. L'institué n'est pas civi-

lement tenu de conserver et de rendre; si réellement il rend, il fera une libéralité, ce sera une donation ou un legs, le tiers tiendra cette libéralité, non du disposant primitif, mais de l'institué; il y aura deux transmissions de biens différentes, donc pas d'ordre successif, pas de double libéralité procédant d'un seul et même disposant, partant pas de substitution. Dira-t-on que les biens seront néanmoins hors du commerce? Non, car ils sont dans le domaine de l'institué, qui peut en disposer comme il veut. S'il n'en dispose pas, ces biens ne seront pas plus hors du commerce que ses autres biens, ils seront frappés de l'hypothèque légale, les mineurs et les femmes mariées pourront prendre inscription sur ces biens; les créanciers pourront les saisir; et tous ces actes seront valables, définitifs, ils ne sont pas résolus par l'ouverture d'une substitution à la mort du propriétaire; s'il n'a pas disposé des biens, ils passeront à ses héritiers. C'est dire qu'ils restent sous l'empire du droit commun.

On fait une dernière objection. Le fidéicommis frauduleux, qui a pour objet de transmettre les biens à un incapable, peut se prouver par témoins et même par présomptions. Pourquoi? Parce qu'il implique une fraude à la loi. Il en doit être de même de la substitution frauduleuse, car elle est aussi faite en fraude de la loi, en fraude d'une prohibition d'ordre public. L'argument confond deux faits juridiques d'une nature essentiellement différente. Quand le fidéicommis est frauduleux, il n'y a pas de libéralité : le donataire ou légataire nominal est une personne interposée; le vrai gratifié est le tiers, et celui-ci ne peut pas recevoir, puisqu'il est incapable. Sur quoi porte, en ce cas, la preuve? Sur l'interposition de personne et sur l'incapacité du gratifié. Du reste, la libéralité est valable en la forme, on le suppose; pour faire fraude à la loi, on a mis dans l'acte le nom d'u ndonataire ou légataire qui n'est pas le vrai gratifié; voilà l'unique objet de la preuve. Dans le cas d'une substitution frauduleuse, on prétend prouver l'existence d'une libéralité faite sans l'observation des formes légales, ce qui est une impossibilité juridique. Il y a, du reste, une

libéralité parfaitement valable, celle qui est faite à l'institué. Que demande-t-on à prouver? Qu'il est chargé de conserver et de rendre : quand cette preuve serait faite, qu'en résulterait-il? Un simple engagement d'honneur; or, un devoir moral n'engendre pas de substitution; donc l'institué resterait ce qu'il est, propriétaire irrévocable. A quoi bon admettre une preuve qui ne peut aboutir à rien (1)?

Il y a un arrêt de la cour de Bruxelles dans le sens de l'opinion générale. La cour dit très-bien que si la substitution n'est pas faite dans les formes prescrites par l'article 893, il n'y a pas de substitution (2). La cour de cassation de France a jugé que l'aveu du légataire que le legs lui a été fait à charge de conserver et de rendre et qu'il entend exécuter cette obligation, suffit pour que le legs doive être annulé comme entaché de substitution (3). L'arrêt n'est pas motivé et ne fera pas jurisprudence.

SECTION II. — Des substitutions permises.

§ Ier. *Notions générales.*

523. L'article 1048 porte : « Les biens dont les pères et mères ont la faculté de disposer pourront être par eux donnés, en tout ou en partie, à un ou plusieurs de leurs enfants, par actes entre-vifs ou testamentaires, avec la charge de rendre ces biens aux enfants nés et à naître, au premier degré seulement, desdits donataires. »

L'article 1049 contient une disposition analogue : « Sera valable, en cas de mort sans enfants, la disposition que le défunt aurait faite par acte entre-vifs ou testamentaire, au profit d'un ou plusieurs de ses frères ou sœurs, de tout ou partie des biens qui ne sont pas réservés par la loi dans sa succession, avec la charge de rendre

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 33, note 64, § 694, et les autorités qui y sont citées. En sens contraire, Merlin, *Questions de droit*, au mot *Substitution fidéicommissaire*, § 14.
(2) Bruxelles, 29 juillet 1857 (*Pasicrisie*, 1857, 2, 296).
(3) Rejet, 22 décembre 1814 (Dalloz, au mot *Substitution*, n° 255).

ces biens aux enfants nés et à naître, au premier degré seulement, desdits frères ou sœurs donataires. »

La loi ne qualifie pas ces dispositions de substitutions. Il est cependant certain que ce sont des substitutions fidéicommissaires que la loi permet par exception à la prohibition prononcée par l'article 896. L'article 897 le dit formellement. « Sont exceptées des deux premiers paragraphes de l'article précédent les dispositions permises aux pères et mères et aux frères et sœurs au chapitre VI du présent titre. » Des dispositions exceptées ont naturellement le même caractère que celles qui sont comprises dans la règle; ce sont donc des substitutions fidéicommissaires. Il y a cependant une différence de rédaction; l'article 896 exige la charge de *conserver* et de rendre pour qu'il y ait substitution; tandis que les articles 1048 et 1049 paraissent se contenter de la charge de *rendre*. Mais la différence n'est qu'apparente, car la charge de rendre implique celle de conserver, à moins que l'institué n'ait la faculté de disposer des choses données ou léguées; or, les dispositions que la loi permet en faveur des petits-enfants du donateur ou testateur et en faveur des enfants de frères et sœurs ont précisément pour objet d'empêcher les institués de dissiper les biens qu'on leur donne, à charge de les rendre à leurs enfants, donc avec défense d'en disposer au préjudice des substitués.

Puisque les dispositions dont traite le chapitre VI sont des substitutions, pourquoi le législateur ne leur donne-t-il pas ce nom et pourquoi les autorise-t-il? L'orateur du gouvernement dit, dans l'Exposé des motifs, que la faculté accordée aux père et mère de donner à un ou plusieurs de leurs enfants tout ou partie des biens disponibles, à la charge de les rendre aux petits-enfants, a si peu de rapport avec l'ancien régime des substitutions, qu'on ne lui en a pas même donné le nom. Bigot-Préameneu avoue que c'est une substitution, puisqu'il y a transmission successive de l'enfant donataire aux petits-enfants; et ce qu'il dit de l'enfant donataire est vrai aussi du frère donataire. Mais les substitutions permises par le code

civil n'ont rien de commun avec les anciennes substitutions. Celles-ci créaient un ordre particulier de succession et intervertissaient les droits naturels de ceux que la loi eût appelés. Tel n'est pas l'objet de la faculté donnée aux pères et mères et aux frères et sœurs; elle tend plutôt à maintenir cet ordre et ces droits en faveur d'une génération qui en eût été privée. En effet, pourquoi le père ou le frère donne-t-il ses biens, avec charge de les rendre aux enfants du donataire? Parce qu'il craint que l'enfant ou le frère ne dissipe les biens en folles dépenses ou en spéculations ruineuses; c'est donc, pour que la seconde génération recueille les biens que la nature et la loi leur destinent, que le code permet de les leur assurer par voie de substitution. Dans les anciennes substitutions, il y avait préférence et privilége; on sacrifiait toute la famille à la branche aînée. Dans les substitutions du code, il s'agit de sauver et de conserver une branche menacée par les prodigalités ou la mauvaise gestion de son chef (1).

524. Les substitutions permises étant des exceptions à l'article 896, qui prohibe les substitutions fidéicommissaires, il faut appliquer la règle d'interprétation concernant les exceptions; elles sont toujours de stricte interprétation, et surtout quand la règle à laquelle elles dérogent est d'ordre public. Le législateur seul peut permettre, par exception, ce qu'il défend, en règle générale, par des considérations d'intérêt social; il suffit qu'il ne le permette pas, pour que l'on reste sous l'empire de la prohibition. Cela est surtout vrai en matière de substitutions; le mot seul était odieux aux auteurs du code, tous enfants de la Révolution et ennemis de l'ancien régime; quand on lit les discussions du conseil d'Etat, on voit que c'est, pour ainsi dire, malgré eux qu'ils ont admis les exceptions que le code autorise (2). C'est donc bien le

(1) Bigot-Préameneu, Exposé des motifs, nº 70 (Locré, t. V, p. 332). Jaubert, Rapport, nº 71 (Locré, t. V, p. 359).

(2) Séance du conseil d'Etat, du 7 et du 14 pluviôse an XI (Locré, t. V, p. 201 et 210). Comparez Coin-Delisle, p. 522, nº 4 de l'article 1048, et tous les auteurs.

cas de dire que, dès que l'on n'est pas dans l'exception, on rentre dans la règle, qui est la prohibition.

Il y a une autre règle d'interprétation. Les articles 1053-1074, qui déterminent les effets des substitutions permises, ont été empruntés presque littéralement à l'ordonnance de 1747; ce sont donc des dispositions traditionnelles, pour l'explication desquelles il faut consulter la tradition (1).

§ II. *Par qui et en faveur de qui les substitutions peuvent se faire.*

N° 1. PAR QUI?

525. Aux termes des articles 1048 et 1049, les substitutions ne peuvent se faire que par les pères et mères et par les frères et sœurs. Pourquoi le législateur n'a-t-il pas étendu à d'autres parents la faculté de substituer? Le même motif pourrait exister : la sollicitude du disposant pour les enfants de son héritier présomptif. Si la loi n'admet ce motif que pour les parents les plus proches, l'on n'en peut guère donner d'autre raison que la haine qu'il porte à cette institution qui réunissait tous les vices de l'ancien régime.

Il résulte de là que l'aïeul ne pourrait pas, en faisant une libéralité à son petit-fils, lui imposer la charge de rendre à ses arrière-petits-enfants, alors même que, par le prédécès de son père, le grevé serait l'héritier de son aïeul. De même l'oncle qui ferait une libéralité à un neveu ne pourrait pas le grever de la charge de conserver et de rendre à ses petits-neveux. C'est l'application du principe d'interprétation que nous venons de poser et que tout le monde admet (2). Cependant l'opinion contraire a été enseignée, et la cour de Dijon; a jugé en ce sens mais la décision a été cassée, et elle devait l'être (3). Le

(1) L'ordonnance de 1747 a été commentée par Furgole (*Œuvres*, t. VII).
(2) Aubry et Rau, t. VI, p. 37, note 3 du § 695, et les auteurs en sens divers qui y sont cités. Ajoutez Demolombe, t. XXII, p. 392, n° 411.
(3) Cassation, 29 juin 1853 (Dalloz, 1853, 1, 283) et, sur renvoi, Besançon, 2 déc. 1853 (Dalloz, 1855, 5, 425). Paris, 23 août 1850 (Dalloz, 1851, 2, 41).

texte n'autorise pas cette substitution, donc elle est défendue. Vainement dit-on qu'il y a identité de motifs; l'analogie, fût-elle absolue, ne suffirait pas pour permettre des substitutions en dehors de la lettre de la loi. On a essayé de se prévaloir du texte; le mot *enfants*, dit la cour de Dijon, comprend les descendants; donc l'aïeul se trouve dans le texte de l'article 1048. On répond, et la réponse est péremptoire, qu'il s'agit de savoir qui peut substituer. La loi répond : les pères et mères. Donc d'autres que les pères et mères ne le peuvent pas; or, si parfois le mot *enfants* s'applique aux descendants, jamais le mot *père* n'a compris l'aïeul. Inutile d'insister.

526. La loi exige une condition spéciale pour que les frères et sœurs puissent substituer; il faut qu'ils meurent sans enfants. Quelle est la raison de cette rigueur? Alors même qu'ils auraient des enfants, ils peuvent disposer de leur disponible; pourquoi ne le peuvent-ils pas à charge de conserver et de rendre? On peut dire que le père doit laisser ses biens à ses enfants; mais cette réponse est insuffisante; car la loi permet au père qui a des enfants de faire de son disponible ce qu'il veut; tandis qu'elle ne lui permet pas de le substituer au profit de ses neveux. La haine des substitutions est pour quelque chose dans cette prohibition, mais elle doit au moins avoir une raison ou un prétexte. Il importe de préciser le motif, parce qu'il sert à décider des questions controversées. Les substitutions sont autorisées par cette considération qu'il importe de maintenir à la seconde génération les biens auxquels la loi l'appelle et que son auteur menace de dissiper (n° 424); ce motif fait défaut lorsque le frère a des enfants, car, dans ce cas, les biens ne vont pas à son frère ni à ses neveux; il ne peut donc pas s'agir de les leur conserver par voie de substitution. Le principe est donc qu'il y a lieu à substitution lorsque, en vertu de la loi, le frère et ses enfants sont appelés à la succession (1).

Il suit de là que si les enfants renoncent, la substitution peut se faire. En effet, dans ce cas, les biens sont

(1) Marcadé, t. IV, p. 152, n° II de l'article 1048.

recueillis par les frères et sœurs et leurs descendants. On est donc dans l'esprit de la loi. Le texte, quoi qu'en dise Troplong (1), ne décide pas la question; car les enfants qui renoncent sont censés n'avoir jamais été héritiers; ils sont considérés, quant à la succession, comme n'existant pas; on peut donc dire que celui dont les enfants renoncent meurt sans enfants.

Par contre, celui qui a un enfant adoptif ne peut pas substituer, car l'enfant adoptif succède aux biens de l'adoptant, donc la succession de celui-ci ne va pas à son frère et à ses neveux. Dès lors on ne se trouve pas dans le cas que le législateur a eu en vue : on ne peut pas conserver les biens à une branche qui ne doit pas les recueillir (2).

Celui qui a des enfants naturels peut substituer, car ses frères et neveux lui succèdent; ils sont saisis de l'hérédité, l'enfant naturel n'est pas héritier, il n'a droit qu'à une portion des biens (3).

S'il y a des enfants au moment où l'acte se fait et s'ils viennent à mourir avant le disposant, il meurt sans enfants et, par suite, la substitution est permise. Mais si, lors de la donation avec substitution, le donateur n'avait pas d'enfant et s'il lui en survenait un, la donation serait révoquée de plein droit, et resterait révoquée alors même que l'enfant viendrait à mourir. L'article 964 est formel; l'opinion contraire de Toullier est une erreur échappée à cet excellent esprit; il est inutile de la combattre, il suffit de renvoyer au texte du code (4).

N° 2. EN FAVEUR DE QUI?

527. La substitution ne peut se faire qu'en faveur des enfants des grevés; c'est dans leur intérêt qu'elle a été

(1) Troplong, t. II, n° 2220, p. 282.
(2) Marcadé, t. IV, p. 152, n° II de l'article 1048. Voyez, en sens divers, Aubry et Rau, et les auteurs qu'ils citent, t. VI, p. 37, note 4.
(3) Controversé. Demolombe, t. XXII, p. 400, n° 417, et Aubry et Rau t. VI, p. 37, note 5.
(4) Duranton, t. IX, p. 521, n°s 527 et 528, et tous les auteurs.

admise. Il a été jugé, et avec raison, que si la substitution était établie tout ensemble au profit des enfants du grevé et des enfants d'un tiers, elle serait nulle; ce serait une substitution faite en dehors des termes de la loi, partant prohibée (1).

Par le mot *enfants*, il faut entendre les enfants légitimes; eux seuls sont héritiers, les enfants naturels ne le sont pas; or, comme le dit l'orateur du gouvernement, la substitution permise a pour objet de conserver la branche de la famille menacée de périr; c'est donc dans l'intérêt de la famille qu'elle est autorisée, et les enfants naturels n'appartiennent pas à la famille. On a objecté le droit romain; nous répondrons, avec la cour de cassation, que les lois romaines concernant les enfants naturels n'ont passé ni dans notre droit ni dans nos mœurs (2). Il suit de là que la substitution ne peut être faite au profit des enfants naturels, et que si elle comprenait les enfants naturels et les enfants légitimes, elle serait nulle pour le tout, même à l'égard des enfants légitimes; car, faite en dehors des termes de la loi, la substitution est viciée dans son essence, elle tombe sous la prohibition de l'article 896 (3).

528. La loi dit que la substitution doit être faite en faveur des enfants ***nés et à naître*** sans préférence d'âge ni de sexe (art. 1048-1050). En cela encore, les substitutions que le code permet diffèrent des anciennes substitutions. Celles-ci se faisaient dans un intérêt de vanité aristocratique, au profit de l'aîné de la famille, avec charge de rendre à l'aîné. Le code maintient l'égalité, même dans les substitutions; il devait permettre d'instituer l'un ou plusieurs des enfants, parce que le motif de la substitution permise ne reçoit pas d'application générale; mais il veut que tous les enfants de l'institué profitent de la substitution, parce qu'elle est faite dans l'intérêt de

(1) Cassation, 27 juin 1811 (Dalloz, n° 303).
(2) Rejet, 21 juin 1815 (Dalloz, n° 304).
(3) Caen, 2 décembre 1847 (Dalloz, 1849, 2, 84). Aubry et Rau, t. VI, p. 39 et note 11. Demolombe, t. XXII, p. 403, n° 423.

toute la branche menacée, donc elle doit profiter à tous, même aux enfants à naître (1). Par application de ce principe, la cour de Bruxelles a annulé une disposition par laquelle le testateur instituait l'un de ses fils, à la charge de laisser les biens-fonds à ses deux enfants (2). Cela est rigoureux, mais cela est juridique. Le père n'avait certes pas l'intention d'exclure les enfants à naître; mais les termes de l'acte les excluaient, ce qui suffisait pour vicier la disposition; elle devait être annulée, puisqu'elle était prohibée.

Faut-il appeler les enfants dans les termes dont se sert l'article 1050? Non, il n'y a pas de termes sacramentels ; pourvu que la substitution soit faite au profit de tous les enfants nés et à naître, n'importe dans quels termes, elle est valable. C'est donc une question de fait que les juges décideront d'après les circonstances. Le testateur lègue son disponible à son fils, à charge de rendre à ses petits-enfants *issus* de lui. D'après le sens grammatical, le mot *issus* voulait dire qui *étaient issus ;* il ne comprenait donc pas les enfants à naître. Ainsi décidé par le tribunal de première instance. C'était mal jugé. Les testateurs ne sont pas des grammairiens; dans l'espèce, rien n'indiquait une restriction; l'acte prouvait le contraire, car il ajoutait qu'en cas de prédécès du fils, le testateur instituait ses petits-fils existants lors de son décès, donc tous les enfants nés et à naître. La cour d'appel et la cour de cassation consacrèrent cette interprétation (3).

529. Les articles 1048 et 1049 ajoutent : *au premier degré seulement*. Il résulte de là que la substitution ne peut pas être faite à deux degrés, c'est-à-dire à charge par les substitués de laisser les biens à leurs enfants. La loi restreint à un degré la substitution permise, afin que les biens ne restent pas trop longtemps hors du commerce. Si la substitution était faite pour plus d'un degré, elle serait nulle pour le tout en vertu de l'article 896, car ce

(1) Toullier, t. III, 1, p. 403, n° 728.
(2) Bruxelles, 14 juillet 1808 (Dalloz, n° 303).
(3) Rejet, 31 mars 1807 (Dalloz, n° 306). C'est l'opinion de tous les auteurs (Dalloz, n° 306).

serait une substitution non permise, donc prohibée et frappée de nullité absolue (1).

Il résulte encore des articles 1048 et 1049 que le disposant qui donne à un de ses enfants, à charge de substitution, ne peut pas appeler les descendants du troisième degré en omettant les descendants du second degré. Cette disposition serait contraire au texte, donc prohibée, et partant nulle. En serait-il de même si les enfants du grevé étaient morts laissant des descendants? Le disposant pourrait-il substituer en faveur de ceux-ci? Nous ne le croyons pas; le texte est restrictif et, en dehors du texte, toute disposition avec charge de rendre devient une substitution prohibée. On objecte que la substitution ne sera toujours qu'à un degré. Cela est vrai, mais la loi ne défend pas uniquement les substitutions à plusieurs degrés, elle défend de substituer au profit d'autres enfants que ceux du premier degré. Que la restriction soit fondée ou non, peu importe, elle se trouve dans les termes de la loi, et dès que l'on est hors du texte, on tombe sous la prohibition de l'article 896 (2).

530. La substitution est faite au profit des enfants nés et à naître au premier degré seulement, mais à la mort du grevé il se trouve des enfants du premier degré et des descendants d'un enfant prédécédé. Ceux-ci, dit l'article 1051, recueilleront, par représentation, la portion de l'enfant prédécédé. La substitution s'ouvre, puisqu'il y a des enfants du premier degré; il serait injuste, dans ce cas, que les enfants survivants recueillissent la part qu'aurait eue le prémourant s'il avait survécu; la loi a donc dû accorder aux descendants du prédécédé le droit de le représenter. Mais que faut-il décider si tous les enfants du premier degré viennent à mourir? Dans ce cas, la substitution devient caduque, puisqu'il n'y a plus d'appelés. Les descendants ne peuvent invoquer le béné-

(1) C'est l'opinion générale, sauf le dissentiment de Toullier (t. III, 1, p. 404, n° 729).

(2) Toullier, t. III, 1, p. 402, n° 726, suivi par Coin-Delisle et Troplong. En sens contraire, Aubry et Rau, t. VI, p. 39, note 10, et les auteurs qui y sont cités.

fice de représentation pour exercer le droit qui résulte de la substitution, puisqu'il n'y a plus de substitution. Sans doute, la loi aurait pu étendre la fiction de représentation à cette hypothèse, mais elle ne l'a pas fait par haine pour les substitutions. En matière de succession, la représentation est admise à l'infini, parce que les successions sont favorables, c'est l'exercice d'un droit que les descendants tiennent de la nature et de la loi. En matière de substitution, la loi limite le bénéfice de représentation parce que les substitutions sont défavorables. C'est l'opinion de la plupart des auteurs (1); elle est consacrée par un arrêt de la cour de Rouen (2).

N° 3. CONSÉQUENCE. NULLITÉ.

531. Nous avons dit que les dispositions qui ne sont pas conformes à la lettre des articles 1048-1050 sont frappées de nullité. Il faut ajouter qu'elles sont nulles pour le tout, l'institution aussi bien que la substitution. La loi ne le dit pas, elle ne prononce pas même la nullité d'une manière expresse, mais cela résulte du principe établi par l'article 896. Les substitutions sont prohibées, à l'exception des dispositions permises par les articles 1048 et suivants. Donc toute disposition qui n'est pas faite dans les termes de ces dispositions est une substitution, et tombe, par conséquent, sous l'application de l'article 896 ; ce qui conduit à la nullité absolue de la disposition tout entière. C'est l'opinion unanime des auteurs, sauf le dissentiment de Toullier dans un cas particulier, sur lequel il est inutile d'insister, puisque l'erreur est reconnue par tout le monde (3).

532. Il faut donc appliquer les principes que nous avons exposés sur la nullité des substitutions (n[os] 506-520). Si un testament renferme plusieurs dispositions avec charge de conserver et de rendre, l'une faite dans

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 56, note 73, et les auteurs qui y sont cités.
(2) Rouen, 23 juin 1848 (Dalloz, 1849, 2, 162).
(3) Aubry et Rau, t. VI, p. 39 et note 12; Demolombe, t. XXII, p. 412, n° 432. Comparez Toullier, t. III, 1, p. 404, n° 729.

les termes de la loi, l'autre contraire à la loi, le testament sera-t-il nul pour le tout? Si les dispositions sont distinctes et indépendantes, la nullité de l'une n'empêchera pas les autres de produire leur effet (1). Mais si les diverses dispositions sont indivisibles, on ne peut plus appliquer le vieil adage : *Utile per inutile non vitiatur*; toutes les dispositions seront nulles (2).

§ III. *Quels biens peuvent être substitués.*

533. Les articles 1048 et 1049 ne permettent de substituer que les biens dont les père et mère ou les frères et sœurs ont la faculté de disposer; la réserve étant indisponible ne peut être grevée de substitution. Quand c'est le père ou la mère qui dispose, il n'y a qu'une fraction du patrimoine qui peut être grevée de la charge de conserver et de rendre; les frères et sœurs peuvent substituer tous leurs biens quand ils ne laissent pas d'ascendants. Le disponible peut, du reste, être donné en toute propriété ou en nue propriété; de sorte que l'institué n'en aura la jouissance qu'après le décès de l'usufruitier. Cela a été jugé ainsi, et cela n'est pas douteux; l'article 899 reçoit son application aux substitutions aussi bien qu'à toute autre libéralité (3).

534. Si la disposition excède le disponible, elle est sujette à réduction, d'après le droit commun. Il n'y a pas lieu à nullité, car la disposition n'est pas viciée, elle ne devient pas une substitution prohibée, par cela seul que le disposant a grevé de substitution une partie de la réserve; la disposition est valable, sauf qu'elle est excessive (4). Quand c'est un enfant unique qui est grevé de substitution, il peut demander, s'il prétend que la disposition est excessive, que les biens soient estimés et qu'il

(1) Comparez Rejet, 3 août 1814 (Dalloz, n° 231).
(2) Rejet, 9 juillet 1851 (Dalloz, 1851, 1, 187).
(3) Rejet, 7 février 1831 (Dalloz, au mot *Substitution*, n° 307).
(4) Duranton, t. IX, p. 524, n° 533, et tous les auteurs.

soit distrait, sur la masse des biens, la quotité réservée qui doit être affranchie de la substitution (1).

535. Le disposant peut-il, en donnant le disponible, imposer la charge de conserver et de rendre la réserve? Il est certain que cette clause ne pourrait pas être insérée dans une donation entre-vifs, puisque ce serait une renonciation, de la part du réservataire, à un droit de succession, donc un pacte successoire prohibé par le code. Mais la plupart des auteurs admettent que cette condition peut être insérée dans un testament, le réservataire étant libre, au moment où son droit s'ouvre, de faire telles conventions ou renonciations qu'il veut. M. Demolombe a contesté cette doctrine; l'héritier à réserve, dit-il, ne peut renoncer à un droit établi dans un intérêt public; or, tout ce qui touche aux substitutions est d'ordre public, donc les parties ne peuvent, pas plus par testament que par donation, soumettre à la charge de conserver et de rendre une quotité de biens plus grande que celle que la loi permet d'y soumettre. Au premier abord, cette opinion paraît contraire au droit qu'a tout héritier de disposer de l'hérédité comme il l'entend; il peut y renoncer en faveur de ses enfants; pourquoi ne pourrait-il pas s'obliger à la conserver pour eux? Il ne le peut parce que la loi défend les substitutions; elle limite le droit de substituer des père et mère, ils ne peuvent grever de substitution que le disponible; hors de ces limites, la prohibition de substituer reprend son empire. Dira-t-on que cette limite est imposée uniquement dans l'intérêt des réservataires et qu'il leur est permis de renoncer à ce qui est établi en leur faveur? Nous répondons que toutes les conditions, toutes les restrictions que la loi impose aux pères et mères qui veulent substituer concernent l'ordre public. Le législateur a voulu empêcher qu'une grande partie du sol ne fût frappée d'inaliénabilité et placée hors du commerce; en ce sens, la limite du disponible est d'ordre public. Libre, sans doute, au réservataire de renoncer à l'hérédité au profit de ses enfants,

(1) Paris, 14 juin 1836 (Dalloz, au mot *Substitution*, n° 370).

mais, dans ce cas, les biens restent dans le commerce; les renonciations sont de droit commun, tandis que les substitutions sont hors du droit commun (1).

536. Celui qui a donné ou légué des biens sans charge de substitution peut-il ensuite imposer au donataire ou au légataire l'obligation de les conserver et de les rendre? S'il s'agit d'un legs, il va sans dire que le testateur peut modifier ses dispositions par un nouveau testament; c'est le droit commun. Les donations, au contraire, sont irrévocables; faites sans charge de substitution, elles transmettent actuellement et irrévocablement au donataire la propriété des biens donnés. Il est certain que le donateur ne peut pas enlever au donataire la pleine propriété qu'il lui a donnée, en la grevant de la charge de conserver les biens et de les rendre. Mais le peut-il avec le consentement du donataire? L'ordonnance de 1747 (titre I, art. 13) le défendait : c'est, dit Furgole, une conséquence de l'irrévocabilité des donations (2). Est-ce bien là le motif de l'ordonnance? Quand on dit que les donations sont irrévocables, cela veut dire que le donateur ne peut les révoquer; mais le principe de l'irrévocabilité est hors de cause quand le donateur et le donataire sont d'accord pour ajouter à la donation une clause qui limite les droits du donataire. C'est plutôt dans le principe qui régit les substitutions qu'il faut chercher les motifs pour lesquels l'ordonnance de 1747 ne permet pas de grever de la charge de rendre des biens qui sont devenus la propriété absolue du donataire. Quoique permises dans l'ancien droit, on ne se dissimulait pas qu'elles étaient, à bien des égards, en opposition avec l'intérêt de la société. D'Aguesseau surtout, l'auteur de l'ordonnance, les aurait volontiers abolies, mais il fallait pour cela une révolution politique et sociale. Toujours est-il que les substitutions sont essentiellement d'ordre public; elles sont par cela même sou-

(1) Demolombe, t. XXII, p. 415, n° 435, et, en sens divers, les auteurs qu'il cite. Il y a un arrêt de Paris, du 11 février 1813, en faveur de l'opinion générale, mais sans motifs (Dalloz, n° 330).

(2) Furgole, *Commentaire sur l'ordonnance de* 1747, art. 13 (t. VII, p. 55).



mises a des limites que le disposant ne peut pas dépasser. On peut donner avec charge de substitution; on ne peut pas grever de cette charge les biens appartenant au donataire; or, les biens donnés sont entrés dans son domaine et ne sont pas plus susceptibles d'être substitués que les autres biens du donataire.

Le code civil ne reproduit pas l'article 13 de l'ordonnance; mais cette disposition n'étant qu'une application des principes généraux, il était inutile de la consacrer, elle existe de droit, comme conséquence des principes qui régissent les substitutions. D'ailleurs le code la maintient implicitement en reproduisant l'article 16 de l'ordonnance qui contient une dérogation à l'article 13; l'article 1052 est la reproduction presque littérale de l'article 16; il porte : « Si l'enfant, le frère ou la sœur auxquels des biens auraient été donnés par acte entre-vifs sans charge de restitution acceptent une nouvelle libéralité faite par acte entre-vifs ou testamentaire, sous la condition que les biens précédemment donnés demeureront grevés de cette charge, il ne leur est plus permis de diviser les deux dispositions faites à leur profit et de renoncer à la seconde pour s'en tenir à la première, quand même ils offriraient de rendre les biens compris dans la seconde disposition. »

L'article 1052 déroge au principe que l'ordonnance établit dans son article 13. D'après la rigueur du droit, une donation pure et simple ne peut pas être convertie en substitution. Si le donateur fait une nouvelle libéralité au donataire, il peut substituer les biens qu'il lui donne, mais il ne peut, même avec le consentement du donataire, substituer les biens qu'il a donnés antérieurement. Si la loi le permet, c'est par la même considération de prévoyance qui a fait admettre les substitutions permises. Un père commence par donner une partie de son disponible à son fils; puis, voyant qu'il dissipe les biens, ou qu'il les engage dans des spéculations ruineuses, il voudrait veiller aux intérêts de ses petits-enfants en frappant de substitution les biens donnés. Il le peut en faisant une libéralité sous cette condition. Il faut l'acceptation de

cette nouvelle libéralité : toute donation doit être acceptée; dans l'espèce, l'acceptation est essentielle, puisque le donataire se soumet à une charge qui altère son droit de propriété. On applique les principes généraux sur l'acceptation, puisque la loi n'y déroge point. La nouvelle libéralité peut aussi être faite par testament; il faudra l'acceptation du legs qui impose la charge. Quand le donataire a accepté, la loi ne lui permet plus de revenir sur son consentement; il est lié par un quasi-contrat, dit Furgole. Il y a quasi-contrat, dans la doctrine des anciens jurisconsultes, quand le légataire accepte un legs grevé d'une charge; si c'est une donation, il y a contrat, mais un contrat d'une nature tout à fait particulière, puisqu'il modifie un premier contrat irrévocable.

Le code ne dit point quel sera l'effet de la substitution à l'égard des tiers. D'après l'ordonnance de 1747 (art. 17), la substitution n'avait d'effet que du jour de l'acceptation. Si les auteurs du code n'ont pas reproduit cette disposition, c'est qu'elle était inutile; il va sans dire qu'une substitution qui résulte d'un contrat ne peut exister que du moment où le concours de consentement existe. Les droits acquis aux tiers sont maintenus (1).

§ IV. *Formes.*

537. Aux termes des articles 1048 et 1049, la substitution peut se faire par acte entre-vifs ou testamentaire. La substitution est donc un acte solennel qui n'existe que lorsque les formes légales ont été remplies. Nous renvoyons, pour ce qui concerne les formes, à ce qui a été dit sur les solennités des donations et des testaments.

L'application de ce principe donne lieu à une difficulté de théorie qui est très-embarrassante. Toute libéralité doit être acceptée, la donation doit même l'être expressément, à moins qu'elle ne soit faite par contrat de mariage (art. 1087). Or, la substitution contient deux libé-

(1) *Commentaire de Furgole sur l'ordonnance de* 1747 (t. VII, p. 73 et suiv.) Duranton, t. IX, p. 538, nos 533-535.

ralités, l'une au profit de l'institué, l'autre au profit du substitué. La première reste sous l'empire du droit commun. Mais comment les substitués accepteront-ils? Des enfants qui ne sont pas encore conçus peuvent-ils accepter? et s'ils ne le peuvent, comment y aura-t-il donation? Chaque interprète a son explication, ce qui prouve déjà qu'il s'agit d'une anomalie juridique. Pothier imagine un quasi-contrat que la loi forme entre le donataire et le substitué. C'est dire que le donataire est obligé de rendre les biens au substitué en vertu de la loi et sans que le substitué ait besoin d'accepter. Pothier constate le fait plutôt qu'il ne l'explique. A vrai dire, il n'y a pas d'explication à en donner si l'on reste sur le terrain du droit commun. Toullier recourt au droit naturel et à l'équité. Autant vaut avouer que les substitutions sont une anomalie et qu'il faut les accepter telles que le législateur les consacre (1).

§ V. *Mesures conservatoires.*

N° 1. NOMINATION D'UN TUTEUR.

538. La loi veut qu'il y ait un tuteur qui veille à l'exécution de la substitution. Cette mesure est prescrite d'une manière absolue, sans distinguer s'il y a des appelés, s'ils sont majeurs ou mineurs. Elle est nécessaire pour les enfants déjà nés aussi bien que pour les enfants à naître, pour les majeurs comme pour les mineurs. En effet, les substitutions permises sont faites dans un esprit de défiance, par la crainte que l'institué ne dissipe les biens; or, l'institué est le père des substitués; comment veut-on que ceux-ci veillent eux-mêmes à leurs intérêts? Ce serait charger les enfants de surveiller leurs parents. Il faut donc qu'un tiers intervienne pour sauvegarder les intérêts des enfants sans blesser le respect qu'ils doivent à leur père (2).

(1) Voyez les diverses explications données par Toullier, t. III, 1, p. 406, n° 735. Coin-Delisle, n° 44 de l'article 1048; Marcadé, t. IV, p. 161, n° I de l'article 1053. Demolombe, t. XXII, p. 418, n° 441.
(2) Demolombe, t. XXII, p. 440, n° 462.

Cette tutelle n'a rien de commun avec la tutelle ordinaire; celle-ci est donnée à la personne dont elle couvre l'incapacité; tandis que les substitués dans l'intérêt desquels on nomme un tuteur ne sont pas des incapables; cela est évident lorsqu'ils sont majeurs, et s'ils sont mineurs, ils ont un protecteur légal qui les représente dans tous les actes de la vie civile. De là suit qu'il n'y a pas lieu à subrogée tutelle; l'article 420, qui veut qu'il y ait un subrogé tuteur dans toute tutelle, n'est applicable qu'à la tutelle ordinaire. Pour la même raison, l'on admet que les substitués n'ont pas d'hypothèque légale sur les biens de leur tuteur (1). Nous reviendrons sur ce point.

539. Par qui le tuteur est-il nommé? L'auteur de la disposition peut le nommer, soit dans l'acte qui contient la disposition, soit par un acte postérieur en forme authentique. Cette dernière forme a donné lieu à une difficulté qui divise les auteurs. Les uns disent que les termes de l'article 1055 excluent le testament olographe; les autres enseignent que la nomination peut se faire en cette forme. Cette dernière opinion est certainement plus rationnelle; si le tuteur peut être nommé dans le testament olographe qui renferme la substitution, pourquoi ne pourrait-il pas l'être dans un testament olographe postérieur (2)? Mais comment concilier cette interprétation avec le texte? n'est-ce pas effacer de la loi les mots *ou par un acte postérieur en forme authentique?* et l'interprète peut-il altérer le texte? Nous croyons que ces mots ont pour objet, non d'exiger un acte authentique, mais de permettre au testateur de faire la nomination par un acte authentique sans recourir aux formes solennelles du testament par acte public. Le code permet au disposant de nommer le tuteur dans le testament olographe qui établit la substitution; par cela même il peut le faire dans un testament postérieur, qui ne sera qu'une annexe du premier. Si le testateur ne sait ou ne peut écrire et s'il a fait la substitution par testament public, il pourra ensuite

(1) Duranton, t. IX, p. 550, n° 563, et tous les auteurs.
(2) Voyez, en sens divers, les auteurs cités par Aubry et Rau (t. VI, p. 42, note 27), et par Demolombe, t. XXII, p. 444, n° 467.

nommer le tuteur par un simple acte authentique. C'est le système que la loi suit dans l'article 1035; on peut interpréter dans le même sens l'article 1055 sans faire violence au texte.

Le tuteur nommé par le disposant peut-il refuser? La loi assimile, sous ce rapport, la tutelle fidéicommissaire à la tutelle ordinaire; le tuteur ne peut donc s'excuser que pour une des causes légales d'excuse que la loi admet pour la tutelle des mineurs (art. 1055).

540. « A défaut de ce tuteur, dit l'article 1056, il en sera nommé un à la diligence du grevé ou de son tuteur, s'il est mineur, dans le délai d'un mois à compter du jour du décès du donateur ou testateur, ou du jour que, depuis cette mort, l'acte contenant la disposition aura été connu. » La loi ne dit pas par qui le tuteur sera nommé. On admet que c'est par le conseil de famille; nous préférerions l'intervention du tribunal, qui aurait offert plus de garantie que celle d'un conseil de famille que l'on ne sait pas même comment composer et qui, en tout cas, s'intéresse fort peu au sort de la substitution. Mais en l'absence d'un texte, il est impossible de reconnaître compétence au tribunal. Dans le système du code, c'est le conseil de famille qui nomme le tuteur; il y a là un argument d'analogie incontestable.

Comment composera-t-on le conseil de famille? Il faut encore procéder par analogie. C'est dans l'intérêt des substitués que le tuteur est nommé, c'est donc dans la famille des substitués qu'il faudra prendre les membres du conseil. Mais il se peut qu'il n'y ait pas encore d'appelés à la mort du donateur ou du testateur. Dans ce cas, il faudra forcément composer le conseil des parents ou alliés du grevé. Devant quel juge de paix le conseil de famille se réunit-il? Lorsqu'il s'agit de nommer un tuteur à un mineur, le conseil doit se réunir devant le juge de paix du domicile de ce mineur. En ce point, il n'y a pas d'analogie entre la tutelle ordinaire et la tutelle fidéicommissaire; ce n'est pas à des mineurs incapables que le tuteur est nommé, c'est à la substitution, donc aux biens, à l'hérédité; il est logique que le conseil se réunisse là

où la succession s'est ouverte. Telle est aussi la décision du code dans le cas où la nomination est requise par le ministère public; l'article 1057 charge de ce soin le procureur impérial près le tribunal du lieu où la succession s'est ouverte (1).

La loi laisse au conseil de famille pleine liberté pour le choix du tuteur. Il ne faut cependant pas que le conseil abuse de cette liberté pour nommer le substitué tuteur; cela s'est vu, ce qui prouve quelle confiance on peut avoir dans les conseils de famille. Nomme-t-on surveillant celui dans l'intérêt duquel la surveillance est établie? nomme-t-on le fils surveillant de son père? Il va sans dire que cette étrange nomination a été annulée (2).

541. Quand le tuteur doit-il être nommé? Le texte de la loi que nous avons transcrit (n° 540) répond à la question. Il en résulte qu'il ne doit pas y avoir de tuteur du vivant du donateur. La raison en est que personne plus que l'auteur de la disposition n'a intérêt et qualité pour en surveiller l'exécution. C'est donc le donateur qui servira de tuteur, et ce n'est qu'à sa mort qu'il en sera nommé un autre.

542. Si le grevé ne satisfait pas à l'obligation que la loi lui impose de faire nommer un tuteur, « il sera déchu du bénéfice de la disposition et, dans ce cas, le droit pourra être déclaré ouvert au profit des appelés, à la diligence des personnes indiquées par l'article 1057. » Comment faut-il entendre ces termes de la loi : *il sera déchu?* On est étonné de voir la question controversée, du moins par les auteurs; car la jurisprudence n'a jamais hésité, elle s'en est tenue au texte, et le texte ne laisse aucun doute, il est impératif; il prononce la déchéance comme peine de l'inobservation de la loi. Demandera-t-on pourquoi la loi se montre si sévère alors qu'il ne s'agit que d'une simple formalité? La cour de Paris répond que le tuteur est placé entre les parents et leurs enfants pour protéger les droits de ceux-ci. Cette protection doit com-

(1) Angers, 12 avril 1852 (Dalloz. 1852, 2. 213).
(2) Angers, 17 juin 1825 (Dalloz, au mot *Tierce opposition*, n° 148, 2°).

mencer dès que la gestion des grevés commence; car ils pourraient faire un mal irréparable aux appelés s'il était en leur pouvoir de disposer des valeurs mobilières sans contrôle et de dégrader les immeubles sans surveillance qui les arrête (1).

Cependant il ne faut pas outrer la rigueur de la loi. On a prétendu que la déchéance était prononcée par la loi, de sorte qu'elle existerait de plein droit sans intervention du juge. Cette interprétation a été repoussée par la jurisprudence et avec raison. La déchéance est une peine, elle implique donc une faute, et la faute doit être appréciée par le juge. Le grevé peut se trouver dans l'impossibilité de satisfaire à la loi; il est dans un pays lointain quand il apprend la mort du disposant et qu'on lui donne connaissance de la disposition; un mois peut ne pas lui suffire pour faire nommer un tuteur. Une maladie, tout autre accident de force majeure peut l'en empêcher. Nous croyons qu'il faut aller plus loin; ce n'est pas seulement en cas d'impossibilité que la déchéance ne doit pas être prononcée, il suffit que le grevé ne soit pas en faute, et le tribunal a nécessairement un pouvoir d'appréciation quand il s'agit de prononcer une peine aussi grave (2).

De ce que la déchéance n'a pas lieu de plein droit, il résulte que les droits du grevé restent entiers, malgré la faute qu'il a commise; tous les actes qu'il fait sont valables, à l'égard des tiers, jusqu'au jour où une sentence du juge aura prononcé sa déchéance (3).

543. L'article 1057 ajoute : « Et dans ce cas le droit *pourra* être déclaré ouvert au profit des appelés, à la diligence, etc. » Cela veut-il dire qu'il dépend des tribunaux de prononcer l'ouverture du droit? Sur ce point, il y a une nouvelle controverse qui s'est reproduite dans les décisions judiciaires. Le mot *pourra* semble indiquer une

(1) Paris, 29 mai 1841, et Rejet, 17 avril 1843 (Dalloz, au mot *Substitution*, n° 363). Orléans, 9 avril 1867 (Dalloz, 1867, 2, 58).

(2) Bruxelles, 21 juin 1824 (*Pasicrisie*, 1824, p. 144). Cour de cassation de Belgique, 25 juin 1840 (*Pasicrisie*, 1840, 1, 418). Comparez Mourlon, t. II, p. 420; Aubry et Rau, t. VI, p. 43; Demolombe, t. XXII, p. 452, n° 474.

(3) Arrêt précité (note 2) de la cour de cassation de Belgique.

faculté; on en a conclu que la déchéance est facultative ainsi que l'ouverture du droit des appelés (1). Le mot *pourra* reçoit encore une autre interprétation; il se rapporte aux personnes appelées par la loi à demander l'ouverture du droit des appelés contre le grevé négligent: cette interprétation concilie seule le texte avec les principes. La déchéance étant commandée par la loi, doit être prononcée dès qu'il y a faute; et dans l'intérêt de qui est-elle prononcée? Dans l'intérêt des appelés; elle doit donc avoir pour conséquence l'ouverture de leur droit. L'article 1053 est conçu dans le même sens; il porte que les droits des appelés seront ouverts à l'époque où, *par quelque cause que ce soit*, la jouissance du grevé cessera; donc la déchéance du grevé a pour conséquence nécessaire l'ouverture du droit des appelés (2).

544. Nous avons supposé qu'il y a des appelés, et à la mort du disposant il peut ne pas y en avoir. Cela n'empêche pas que la déchéance ne doive être prononcée. Mais il est impossible, dans ce cas, de déclarer le droit ouvert au profit des appelés, puisqu'il n'y en a pas. Le tribunal devra prescrire des mesures conservatoires en faveur des enfants à naître. On a prétendu que les biens substitués devaient retourner aux héritiers légitimes du disposant. Cela n'est pas admissible; les héritiers du disposant ne peuvent pas profiter d'une déchéance qui leur est étrangère; elle n'est prononcée qu'en faveur des appelés, elle ne doit profiter qu'à eux. S'il n'y a pas d'appelés, s'il ne naît pas d'enfant, la substitution devient caduque, et cette caducité profite naturellement à l'institué. La déchéance au cas où il n'y aurait pas d'appelés est donc conditionnelle. S'il y a des appelés, le droit sera déclaré ouvert en leur faveur, sauf au tuteur à veiller aux intérêts des enfants à naître (3).

545. On demande si le grevé mineur encourt la dé-

(1) Colmar, 14 août 1840 (Dalloz, n° 364). Dans le même sens, Grenier, Vazeille et Troplong.

(2) Orléans, 9 avril 1867 (Dalloz, 1867, 2, 58). Aubry et Rau, t. VI, p. 43, note 29 et les auteurs qui y sont cités.

(3) Duranton, t. IX, p. 554, n° 567. Demolombe, t. XXII, p. 455, n°s 477 et 478.

chéance prononcée par l'article 1057? L'article 1074 répond à la question. « Si le grevé est mineur, il ne pourra, dans le cas même de l'insolvabilité de son tuteur, être restitué contre l'inexécution des règles qui lui sont prescrites par les articles du présent chapitre. » Malgré un texte aussi formel, il y a controverse. Troplong décide, ainsi que Coin-Delisle, que le mineur ne sera pas déchu; c'est le tuteur, dit-il, qui est coupable de négligence, et on ne peut pas faire retomber sur le mineur une peine qui n'est prononcée que contre la personne même du grevé. Et que fait-on de l'article 1074? que fait-on de l'article 450 qui donne au tuteur le pouvoir de représenter le mineur dans tous les actes civils? que fait-on du principe qui découle de cet article, que le fait du tuteur est le fait du mineur? que fait-on de cet autre principe que le mineur ne peut être restitué contre la mauvaise gestion du tuteur, quand le tuteur a agi dans les limites de ses attributions? Les textes et les principes ont une certitude qui nous dispense d'insister (1).

546. Par qui la déchéance du grevé est-elle provoquée? L'article 1057 ne le dit pas; il indique les personnes qui doivent demander la déclaration d'ouverture du droit au profit des appelés; ces mêmes personnes ont aussi le droit et le devoir de poursuivre la déchéance; car la déchéance n'est prononcée que pour faire déclarer le droit ouvert. Les appelés, s'ils sont majeurs, peuvent agir; et s'ils sont mineurs ou interdits, leur tuteur agira. La loi ajoute ou *curateur;* c'est une négligence de rédaction. Dans notre droit moderne, les interdits sont sous tutelle comme les mineurs. Le législateur a dû prévoir que les appelés n'agiraient point, puisqu'ils devraient agir contre leur père. Voilà pourquoi elle donne à tout parent des substitués, capable ou non, le droit de provoquer la déchéance du grevé, et elle donne le droit au procureur du roi d'agir d'office.

547. Quelles sont les fonctions du tuteur? L'article 1073

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 44 et note 30. Demolombe, t. XXII, p. 453, n° 475. En sens contraire, Coin-Delisle, p. 543, n° 6 de l'article 1057; Troplong, t. II, p. 294, n° 2263.

dit qu'il doit faire toutes les diligences nécessaires pour que la charge de restitution soit bien et fidèlement acquittée. Il est responsable, dit la loi, s'il ne remplit pas cette obligation qui lui incombe par la nature même de sa charge. La loi elle-même précise ce qu'il doit faire en ce qui concerne les mesures conservatoires, l'inventaire, la vente du mobilier, l'emploi des deniers, la publicité de l'acte. En dehors des dispositions expresses du code, il est difficile de définir exactement les droits et les obligations du tuteur. Il est certain que ce n'est pas lui qui administre; c'est le grevé qui est propriétaire, il peut faire tous les actes de disposition et à plus forte raison les actes d'administration; le tuteur n'a pas le droit d'y intervenir. Sa seule mission est de veiller aux intérêts des grevés, il doit faire les diligences nécessaires, dit l'article 1073, pour que les biens soient restitués aux appelés. C'est donc seulement quand un acte du grevé peut compromettre la restitution des biens que le tuteur a le droit d'agir. Il a été jugé, et avec raison, que le tuteur n'avait pas le droit de diriger de son chef, et malgré le grevé, des actions concernant les biens substitués; ce serait se mettre à la place du propriétaire et entraver l'exercice de la propriété; la loi ne donne pas ce pouvoir au tuteur (1). Mais il a été jugé aussi que le tuteur a qualité pour requérir l'emploi de mesures propres à empêcher la dissipation des biens substitués (2). Le droit est certain, c'est au tribunal à décider si le tuteur en fait un usage légitime.

N° 2. DE L'INVENTAIRE.

548. « Après le décès de celui qui aura disposé à la charge de restitution, il sera procédé, dans les formes ordinaires, à l'inventaire de tous les biens et effets qui composeront sa succession » (art. 1058). La loi oblige tous ceux qui doivent restituer les biens dont ils ont l'administration à en faire inventaire; tels sont les envoyés

(1) Metz, 13 juillet 1865 (Dalloz, 1865, 2, 126).
(2) Caen, 12 juin 1854 (Dalloz, 1855, 2, 193)

en possession des biens d'un absent (art. 126), les tuteurs (art. 451), les usufruitiers (art. 600), les successeurs irréguliers qui demandent l'envoi en possession (art. 769). Ces derniers sont plus qu'administrateurs, ils sont propriétaires, mais s'il se présente des héritiers légitimes, ils sont tenus de restituer les biens. Il n'y a qu'une garantie pour la restitution des biens, c'est l'inventaire. Les grevés étant chargés de conserver et de rendre les biens, la loi a dû les obliger d'en faire inventaire.

D'ordinaire l'inventaire ne porte que sur le mobilier. L'article 1057 veut qu'inventaire soit fait de *tous* les *biens* et effets de la succession; il faut donc que l'inventaire comprenne même les immeubles. Comme le disponible seul peut être grevé de substitution, la succession du disposant se composera le plus souvent de deux parties, la réserve et le disponible; il faut donc que tous les biens soient inventoriés pour que l'on sache quels biens sont réservés, quels biens sont substitués. Si la substitution ne porte pas sur la quotité disponible, si elle n'a pour objet que des biens particuliers, l'inventaire n'a plus de raison d'être; aussi l'article 1058 dit-il qu'il ne doit pas y avoir d'inventaire lorsqu'il ne s'agit que d'un legs particulier. Le legs même déterminera suffisamment les choses grevées de substitution. Que si la substitution est faite par donation, l'acte doit également préciser la chose donnée et même contenir un état estimatif pour le mobilier (art. 948); la loi ne prescrit pas cette formalité pour les legs de choses mobilières; il importe cependant qu'on en dresse un état estimatif, afin d'en empêcher le détournement ou la dissipation.

L'inventaire doit se faire dans la forme ordinaire, c'est-à-dire par acte notarié; il doit contenir la prisée à juste prix des meubles et effets mobiliers (art. 1058). C'est à la requête du grevé de restitution que l'inventaire doit être dressé. L'article 1059 ajoute qu'il y doit être procédé dans le délai fixé au titre des *Successions;* c'est le délai de trois mois; il va sans dire qu'il ne peut être question des quarante jours pour délibérer, puisque, dans l'espèce, il n'y a pas lieu à délibérer; ce qui n'empêche pas le grevé

de réclamer le délai ordinaire comme héritier du disposant. L'inventaire doit être dressé en présence du tuteur nommé pour l'exécution de la substitution. Il doit donc être appelé à l'inventaire, sauf à passer outre s'il ne se présente pas.

Si le grevé ne fait pas inventaire dans le délai légal, il y est procédé dans le mois suivant, à la diligence du tuteur, en présence du grevé ou de son tuteur (art. 1060). L'article 1073 déclare le tuteur responsable de l'inexécution de cette obligation.

Si ni le tuteur, ni le grevé ne procèdent à l'inventaire, la loi veut qu'il soit fait à la diligence des parents ou du procureur du roi, en y appelant le tuteur et le grevé (art. 1061).

S'il n'y avait pas d'inventaire, malgré toutes les précautions de la loi, les appelés pourraient faire preuve de la consistance et de la valeur des biens substitués par témoins et même par commune renommée. La loi admet cette dernière preuve contre ceux qui, étant obligés de faire inventaire, ne le font pas, par négligence ou dol (art. 1415). Il y a même motif de décider en ce qui concerne le grevé (1). C'est l'opinion commune; nous reviendrons ailleurs sur la question de principe.

N° 3. VENTE DES MEUBLES.

549. L'article 1062 porte : « Le grevé de restitution sera tenu de faire procéder à la vente de tous les meubles et effets compris dans la disposition. » Aux termes de l'article 1065, le grevé doit faire emploi des deniers provenant de la vente. Cela explique le motif pour lequel la loi prescrit de vendre les meubles. Les objets mobiliers se déprécient par le temps et par l'usage que l'on en fait, et de plus ils se détournent et se dissipent avec une facilité qui serait funeste aux appelés; il n'y avait qu'un moyen de garantir la conservation et la restitution de la

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 45 et suiv. Demolombe, t. XXII, p. 464, n°s 483-494.

fortune mobilière, c'était de vendre les meubles et de faire emploi du prix.

Quels meubles doivent être vendus? L'article 1062 dit: *tous* les *meubles* et *effets* compris dans la disposition, à l'exception de ceux dont il est mention dans les articles 1063 et 1064. Faut-il conclure de là que les meubles incorporels doivent être vendus? Non, car cette vente n'aurait aucun but; les droits ne se déprécient pas avec le temps et, après avoir vendu, il faudrait de nouveau placer les deniers; autant vaut maintenir le placement fait par le défunt. Il y a un léger motif de douter; la loi dit *meubles* et *effets*, le mot *meubles* comprend les meubles corporels; si donc la loi ajoute « et les *effets*, » ce doit être pour désigner les valeurs que dans l'usage ordinaire on désigne par cette expression. L'objection serait très-forte, s'il n'y avait pas un autre texte à opposer à celui de l'article 1062; les articles 1065 et 1066 prescrivent de faire emploi de ce qui aura été *reçu* des *effets actifs;* la loi suppose donc que ces effets ne sont pas vendus, qu'ils sont remboursés, comme le dit l'article 1066. Cela nous paraît décisif. Les termes de l'article 1062 contiennent une de ces redondances que l'on rencontre si souvent dans l'usage et, par suite, dans les lois (1).

550. L'article 1062 admet deux exceptions à l'obligation qu'elle impose au grevé de vendre les meubles. D'abord l'auteur de la disposition peut déclarer que les meubles seront conservés en nature, soit dans l'intérêt des appelés, s'il s'agit d'une collection de livres ou d'objets d'art, soit dans l'intérêt du grevé si le disposant veut lui laisser l'usage du mobilier qui garnit une maison d'habitation. Cette dispense de vendre ou cette obligation de conserver en nature doit être expresse, parce que c'est une exception à une règle fondamentale, exception qui diminue plus ou moins ou altère les droits des appelés. En effet, ils recevront les meubles conservés en nature dans l'état où ils se trouveront lors de la restitution, dépréciés, par conséquent, par l'usage ou le temps. Il faut

(1) Demolombe, t. XXII, p. 472, nos 495 et 496.

ajouter une restriction à l'article 1063; c'est que le grevé répond de son dol et de sa faute; il a le droit d'user, il n'a pas le droit de détruire, puisqu'il doit conserver. L'article 589 fait cette restriction pour l'usufruitier; il y a même motif de décider pour le grevé de substitution; quoiqu'il soit propriétaire, il doit néanmoins conserver la chose pour la rendre aux appelés, il ne peut donc pas abuser, pas plus que l'usufruitier (1).

551. La seconde exception est établie par l'article 1064. « Les bestiaux et ustensiles servant à faire valoir les terres seront censés compris dans les donations entre-vifs ou testamentaires desdites terres. » Cette disposition était une innovation que l'ordonnance de 1747 apporta au droit ancien, dans l'intérêt de l'agriculture; l'exception est devenue le droit commun, en vertu de l'article 524 qui élargit la disposition de l'ordonnance en immobilisant les objets mobiliers que le propriétaire d'un fonds y place pour le service et l'exploitation de ce fonds; ce qui comprend non-seulement l'intérêt de l'agriculture, mais aussi l'intérêt de l'industrie (2). Les objets immobilisés par destination agricole ou industrielle sont compris dans la donation ou le legs du fonds, parce qu'ils sont les accessoires du fonds avec lequel ils ne font qu'un; l'article 1018 le dit du legs, et le même principe est applicable à la donation.

L'article 1064 ajoute : « Le grevé sera seulement tenu de faire priser et estimer les bestiaux et ustensiles pour *en rendre une égale valeur* lors de la restitution. » Qu'est-ce que le grevé doit rendre? En s'en tenant à la lettre de la loi, on pourrait soutenir qu'il est seulement tenu de rendre une *valeur* égale à celle qu'il a reçue. L'ordonnance de 1747 disait que le grevé devait rendre des animaux et ustensiles d'*une égale valeur;* ce qui est bien plus logique. Tous les interprètes s'accordent à dire que le code doit être entendu dans le même sens. Il y a de cela une raison qui nous paraît décisive. Le grevé, dans le

(1) Coin-Delisle, p. 546, n° 1, de l'article 1063. Demante, t. IV, p. 442, n° 225.

(2) Voyez le tome V de mes *Principes*, p. 537, n° 433.

cas de l'article 1064, n'a pas reçu des objets mobiliers ; il a reçu un immeuble garni d'objets mobiliers qui ont été immobilisés par destination agricole ; il doit donc conserver et rendre, non des meubles, mais le fonds agricole tel qu'il l'a reçu, c'est-à-dire le fonds avec les bestiaux et ustensiles.

Que faut-il décider si c'est un fonds industriel qui est grevé de substitution? On enseigne que l'article 1064 est une exception, et les exceptions ne peuvent pas être étendues. Il y a exception, dit-on, en ce sens que le grevé doit rendre des bestiaux et des ustensiles de même valeur, tandis que, d'après l'article 1063, il doit rendre les meubles qu'il a le droit de garder en nature, dans l'état où ils se trouvent lors de la restitution (1). C'est mal raisonner, à notre avis; l'article 1064 n'est pas une application de l'article 1063, ni une dérogation à cet article, c'est une conséquence de l'article 524, donc l'application d'un principe de droit commun. Ce principe doit s'appliquer à tous les cas, à l'immobilisation industrielle aussi bien qu'à l'immobilisation agricole; le motif de décider est identique. Il en serait de même des objets immobilisés par incorporation ou par perpétuelle demeure; les articles 1062 et 1063 sont inapplicables, car le grevé n'a pas reçu des objets mobiliers, il a reçu des immeubles qu'il doit conserver et rendre aux appelés.

552. L'ordonnance de 1747 permettait une troisième exception : les juges pouvaient ordonner, sur la demande du grevé, qu'il retiendrait les meubles en tout ou en partie, sauf à les imputer sur les prélèvements qu'il aurait à exercer, suivant l'estimation portée à l'inventaire (tit. II, art. 9). Faut-il encore admettre cette exception? C'est l'avis unanime des auteurs (2). Il est certain que le législateur aurait dû maintenir la disposition de l'ordonnance : on épargne les frais de vente, et les intérêts des appelés sont garantis par l'intervention du juge. Mais les auteurs

(1) Demante, continué par Colmet de Santerre, t. IV, p. 443, n° 226 *bis* II, suivi par Demolombe, t. XXII, p. 478, n° 504.
(2) Toullier, t. III, 1, p. 417, n° 763, et tous les auteurs. Comparez Furgole, sur l'ordonnance de 1747 (t. VII, p. 323 et suiv.).

du code avaient cette exception sous les yeux et ils ne l'ont pas reproduite; l'article 1062 limite expressément les exceptions à celles qui sont prévues par les articles 1063 et 1064. Cela est décisif. Peut-être le législateur a-t-il craint que la prisée faite à l'inventaire ne fût au-dessous de la valeur réelle, ce qui aurait lésé les intérêts des appelés, si le grevé avait pu conserver les meubles à ce prix. Après tout, s'il y tient, il peut les acheter dans la vente publique qui en est faite; les substitués y gagneront, puisque la concurrence du grevé fera vendre les objets d'autant plus cher.

553. L'article 1062 veut que la vente se fasse par affiches et enchères; la publicité assure la concurrence, et elle est une garantie contre la fraude. Faut-il que la vente se fasse en présence du tuteur? La loi ne l'exige pas, tandis qu'elle ordonne que le tuteur assiste à l'inventaire et que l'emploi se fasse en présence et à la diligence du tuteur (art. 1059 et 1068). Le silence du code semble donc décider la question. Peut-être le législateur a-t-il cru que la présence du tuteur à la vente était inutile, la publicité offrant une garantie suffisante. Cependant le tuteur peut intervenir en vertu de sa charge; l'article 1073 le rend même responsable s'il ne s'est pas conformé à la loi pour la vente du mobilier, bien que la loi ne contienne aucune règle à cet égard. Il y a donc quelque chose de sous-entendu. D'abord le tuteur peut assister à la vente; puis, si le grevé ne la faisait pas, le tuteur devrait la provoquer. Ceci est le point essentiel; et c'est sans doute à cette obligation que l'article 1073 fait allusion (1).

N° 4. EMPLOI DES DENIERS.

554. La loi prescrit la vente des meubles pour qu'il soit fait emploi des deniers. Elle veut aussi qu'on fasse emploi des deniers comptants, ainsi que des deniers provenant des effets actifs qui seraient recouvrés, de même

(1) Comparez Coin-Delisle, p. 546, art. 1062, n° 3. Toullier, t. III, 1, p. 415, n° 758.

que des remboursements de rentes (art. 1065-1066). C'est la garantie la plus nécessaire pour les appelés, car c'est pour les deniers qu'il y a le plus de danger de dissipation.

Le code prescrit un délai très-court pour faire l'emploi des deniers : le grevé doit y pourvoir dans les six mois à compter du jour de la clôture de l'inventaire, pour les deniers comptants et ceux qui proviennent de la vente des meubles. L'article 1065 ajoute : « et de ce qui aura été reçu des effets actifs. » Il ne s'agit pas ici du recouvrement de ces effets, puisque ce cas est prévu par l'article 1066; il ne peut donc s'agir que des intérêts ou payements partiels faits par les débiteurs. Quant aux capitaux placés qui sont recouvrés ou remboursés, la loi donne trois mois au plus pour les remployer, à partir du jour où le grevé les aura reçus. La loi permet de prolonger le délai que donne l'article 1065; elle ne parle pas d'une prolongation du délai de trois mois, les termes de l'article 1066 paraissent, au contraire, l'exclure, puisqu'il veut que l'emploi se fasse dans trois mois *au plus tard* (1). Si le grevé ne trouvait pas d'emploi dans les délais légaux, ou s'il n'en cherchait point, le tuteur devrait le contraindre à déposer les deniers à la caisse des dépôts et consignations (2).

555. Comment l'emploi sera-t-il fait? Ceci est un point de la plus haute importance, puisque des capitaux mal employés sont des deniers compromis ou perdus. La loi veut d'abord que l'emploi se fasse conformément à ce qui aura été ordonné par l'auteur de la disposition ; s'il a désigné la nature des effets dans lesquels l'emploi doit être fait, on doit suivre sa volonté. C'est dans un esprit de prévoyance que le disposant fait la substitution; il faut donc supposer qu'il aura prescrit le placement le plus sûr et le plus avantageux. Si le disposant n'a rien prescrit quant à l'emploi, il ne pourra être fait qu'en immeubles ou avec privilége sur des immeubles (art. 1067).

Qu'entend-on par emploi avec privilége sur des immeu-

(1) Duvergier sur Toullier, t. III, 1, p 416, note *a*. En sens contraire, Demolombe, t. XXII, p. 481, n° 507.
(2) Coin-Delisle, p. 547, n° 2 de l'article 1065.

bles? Il n'y a que deux manières de placer sur privilége, c'est d'acheter des créances privilégiées ou de les payer avec subrogation (art. 2112 et 2103, 2° et 5°). Il peut être impossible au grevé de trouver un placement sur privilége. A l'impossible personne n'est tenu; il faudra se contenter, dans ce cas, d'un placement sur première hypothèque qui offre le même avantage (1). Si l'on ne trouvait pas d'emploi conforme au texte ou à l'esprit de la loi, le grevé pourrait-il s'adresser au tribunal? On le dit (2). C'est oublier que la mission des juges est de décider des contestations et non d'administrer; ils ne pourraient intervenir que s'il y avait un conflit entre le grevé et le tuteur; hors de là, ils sont sans qualité.

556. L'article 1068 porte : « L'emploi ordonné par les articles précédents sera fait en présence et à la diligence du tuteur nommé pour l'exécution. » Et aux termes de l'article 1073, le tuteur est responsable s'il ne s'est pas conformé, *en tout point*, aux règles établies pour l'emploi des deniers. On enseigne que le tuteur ne serait responsable que des fautes qui ont une certaine gravité et pour lesquelles il n'aurait point d'excuse; et on fonde cette indulgence sur ce qu'il remplit un office gratuit (3). Il y a une tendance dans la doctrine à diminuer la responsabilité humaine; c'est un tort, car la responsabilité est la base de l'ordre moral. Nous préférons la doctrine rigoureuse du code : tout débiteur est tenu de la faute légère (art. 1137); la loi applique cette responsabilité même au tuteur ordinaire dont les fonctions sont bien plus difficiles que celles du tuteur à une substitution, et cependant elles sont aussi gratuites (art. 450). Il faut s'en tenir à la règle, puisque la loi n'y apporte aucune exception.

(1) Duvergier sur Toullier, t. III, 1, p. 416, note *b*. Duranton, t. IX, p. 560, n° 574.
(2) Aubry et Rau, t. VI, p. 47, note 38. Dijon, 16 août 1861 (Dalloz, 1861, 2, 239).
(3) Demolombe, t. XXII, p. 486, n° 516.

N° 5. PUBLICITÉ.

557. Le code veut que les substitutions soient rendues publiques dans l'intérêt des tiers qui traitent avec le grevé; les biens du grevé sont le gage de ses créanciers, mais ceux-ci ne peuvent pas compter sur les biens compris dans la substitution, puisque le grevé doit les rendre aux appelés. Les tiers acquéreurs sont également intéressés à connaître les biens qui sont substitués, puisque l'acquisition qu'ils en feraient serait sujette à résolution si la substitution s'ouvrait.

L'article 1069 règle le mode de publicité; il est ainsi conçu : « Les dispositions par actes entre-vifs ou testamentaires, à charge de restitution, seront, à la diligence, soit du grevé, soit du tuteur nommé pour l'exécution, rendues publiques; savoir : quant aux immeubles, par la transcription des actes sur les registres du bureau des hypothèques du lieu de la situation; et quant aux sommes colloquées avec privilége sur des immeubles, par l'inscription sur les biens affectés au privilége. »

On voit que la publicité ne porte que sur les immeubles substitués et sur les capitaux placés. Régulièrement cela comprend toute la substitution, puisque les meubles doivent être vendus et les deniers placés avec privilége. Ce n'est que par exception que le grevé conserve les meubles qu'il doit rendre; le législateur aurait dû prescrire, en ce cas, la publicité, même pour les meubles substitués, les tiers créanciers n'y pouvant pas compter; quant aux tiers acheteurs, ils sont à l'abri de la revendication, quand ils sont de bonne foi, en vertu de la règle de l'article 2279.

558. La loi prescrit la transcription des actes entre-vifs ou testamentaires qui contiennent une substitution de biens immobiliers. Que faut-il décider des acquisitions d'immeubles faites à titre d'emploi conformément à l'article 1067? Elles doivent être transcrites en vertu de la règle générale établie par notre loi hypothécaire (art. 1); mais pour que cette transcription fasse connaître que

l'immeuble est substitué, il faut que l'acte porte que l'acquisition a été faite des deniers substitués. C'est la doctrine des auteurs, mais la loi en aurait dû faire une disposition formelle (1).

Quant aux capitaux placés avec privilége, la publicité se fait par voie d'inscription sur les immeubles affectés au privilége, ou, s'il y a lieu, à l'hypothèque. S'il s'agit de créances hypothécaires ou privilégiées comprises dans la substitution, l'inscription consistera dans l'annotation de l'acte qui les substitue, en marge des inscriptions existantes. S'il s'agit de placements faits par le grevé, l'inscription qu'il prendra, d'après la loi hypothécaire, devra contenir l'énonciation de la substitution (2).

559. La publicité, qui dans l'ancien régime et même sous l'empire du code civil était une exception, est devenue la règle générale, en Belgique, en vertu de la loi hypothécaire du 16 décembre 1851, en France, et en vertu de la loi du 23 mars 1855 sur la transcription. De là la question de savoir si les lois nouvelles ont abrogé les dispositions du code sur la publicité des substitutions. La loi française tranche la difficulté en termes formels (art. 11) : « Il n'est point dérogé aux dispositions du code Napoléon relatives à la transcription des actes portant donation ou contenant des dispositions à charge de rendre ; elles continueront à recevoir leur exécution. » La loi belge ne contient pas de disposition analogue. On en a conclu que le système général de publicité organisé par la loi hypothécaire a pris la place de la publicité exceptionnelle du code civil (3). Nous renvoyons, pour cette raison, au titre des *Hypothèques* tout ce qui concerne la publicité des substitutions comme nous y avons renvoyé pour la publicité des donations. Constatons seulement que la loi hypothécaire ne soumet à la publicité que les actes entre-vifs qui sont translatifs de droits réels immobiliers ; tandis

(1) Duranton, t. IX, p. 562, n° 575, et tous les auteurs.

(2) Aubry et Rau, t. VI, p. 47, note 40. Demolombe, t. XXII, p. 489, n° 523.

(3) Martou, *Commentaire sur la loi du 16 décembre 1851*, t. I, p. 92, n° 72.

que le code civil prescrit la transcription des substitutions faites soit par testament, soit par donation; la raison, en effet, est la même et, sous ce rapport, il n'y a pas de dérogation au code.

N° 6. RESPONSABILITÉ DU TUTEUR ET DU GREVÉ.

560. Nous avons déjà cité l'article 1073 qui déclare le tuteur personnellement responsable de l'inexécution des obligations que la loi lui impose. A notre avis, c'est la responsabilité générale qui incombe à tout débiteur, notamment au tuteur ordinaire (n° 556) (1).

561. Le code ne dit pas en termes formels que le grevé est responsable. Il n'avait pas besoin de le dire, puisque la responsabilité est une règle générale sans exception. L'article 1074 consacre implicitement cette règle, quant au grevé, en disant que si le grevé est mineur, il ne pourra, dans le cas même de l'insolvabilité de son tuteur, être restitué contre l'inexécution des règles qui lui sont prescrites par la loi. Il est donc responsable, et s'il est mineur, on applique le principe que le fait du tuteur est le fait du mineur, sauf le recours de celui-ci contre son tuteur.

§ VI. *Droits et obligations du grevé.*

N° 1. DROITS DU GREVÉ AVANT L'OUVERTURE DE LA SUBSTITUTION.

562. Pothier dit que cette matière se réduit à ces trois principes :

1° L'héritier ou autre grevé de substitution est, avant l'ouverture, seul propriétaire des biens substitués;

2° Ce droit de propriété qu'il a des immeubles substitués n'est pas une propriété incommutable, mais une propriété *résoluble* au profit du substitué par l'échéance de la *condition* qui doit donner ouverture à la substitution;

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 50, § 696.

3° Le substitué, avant l'ouverture de la substitution, n'a aucun droit formé par rapport au bien substitué, mais une simple espérance (1).

Ces principes sont encore professés sous l'empire du code civil; les auteurs et les arrêts disent que le grevé est propriétaire des biens substitués sous condition résolutoire. Que le grevé soit propriétaire, cela est d'évidence, car il est donataire ou légataire des biens grevés de substitution; or, la donation et le legs sont des actes translatifs de propriété (art. 711). Peu importe que le grevé ne soit propriétaire que sous condition résolutoire, car la condition résolutoire n'empêche pas la translation de la propriété, elle ne suspend pas l'existence, elle suspend seulement la résolution de la donation ou du legs; pendant que la condition est en suspens, le droit du donataire ou du légataire est pur et simple, donc il est propriétaire.

Est-il vrai que le grevé soit propriétaire sous condition résolutoire? Pothier le dit; la doctrine et la jurisprudence disent la même chose (2). Cela n'est pas exact. Si le grevé était propriétaire résoluble, son droit s'évanouirait, comme s'il n'avait jamais existé, lorsque la condition s'accomplit; ce serait une donation conditionnelle ou un legs conditionnel, en ce sens que la résolution anéantirait l'institution, de sorte qu'il n'y aurait qu'une seule libéralité, celle faite au substitué. Or, cela est impossible, car ce qui caractérise la substitution, c'est qu'il y a deux libéralités qui produisent leur effet successivement. Et s'il y a deux libéralités, il y a deux transmissions de propriété, donc deux propriétaires. Pothier a raison de dire que le droit du grevé n'est pas incommutable; cela est évident, puisqu'il doit rendre les biens substitués; mais de ce qu'il les doit rendre on ne peut pas conclure qu'il est censé ne les avoir jamais possédés; la charge de rendre n'est pas une résolution.

(1) Pothier, *Des substitutions*, n° 153.

(2) Toullier, t. III, 1, p. 407, n° 736, et tous les auteurs (Aubry et Rau, t. VI, p. 50, note 51; Demolombe, t. XXII, p. 519, n° 550). Metz, 13 juillet 1865 (Dalloz, 1865, 2, 126); Cassation, 20 janvier 1840 (Dalloz, au mot *Enregistrement*, n° 3904).

Qu'est-ce donc, et faut-il dire avec M. Demolombe que le droit du grevé est une propriété à temps(1)? Cela n'est pas exact non plus, car, si le grevé était propriétaire à temps, il aurait le droit d'aliéner définitivement, tous les actes de disposition par lui faits subsisteraient, tandis que ces actes tombent lorsque la substitution s'ouvre. Voilà un effet des substitutions qui a fait croire à la résolution du droit du grevé. A vrai dire, le droit du grevé est d'une nature tout à fait particulière : il n'est ni à temps ni résoluble, il faut s'en tenir à la définition de l'article 896 : le grevé est propriétaire, mais à la charge de rendre les biens aux substitués; il en résulte que le grevé ne peut pas disposer des biens au préjudice des substitués, mais il n'en résulte pas que le droit du grevé soit résolu.

563. Du principe que le grevé est propriétaire suit qu'il peut aliéner et faire tous autres actes de disposition. La cour de Paris a jugé le contraire en confirmant un jugement du tribunal de la Seine, mais elle est revenue sur cette jurisprudence en infirmant un jugement rendu par le même tribunal dans le même sens. Le tribunal s'est trompé. De ce que le grevé était chargé de conserver et de rendre les biens, il concluait que la substitution emporte virtuellement interdiction d'aliéner, soit par voie de vente, soit par voie d'échange; car rien, dit-il, ne serait plus contraire à l'obligation de conserver que l'aliénation que ferait le grevé. En apparence, oui; en réalité, non. Si la substitution ne s'ouvre pas, le grevé a toujours été propriétaire incommutable, et il a conféré des droits incommutables à l'acquéreur. Si elle s'ouvre, le substitué peut revendiquer les biens que le grevé est chargé de lui rendre. Dira-t-on que la revendication sera illusoire, le tiers acquéreur pouvant opposer la prescription aux appelés? L'article 1180 répond à l'objection; les appelés ont un droit conditionnel, ils peuvent donc faire tous actes conservatoires et notamment interrompre la prescription. C'est le devoir du tuteur. Cela suffit pour sauvegarder les

(1) Demolombe, t. XVIII, p. 99, n° 94.

droits des substitués; ils ne peuvent pas attaquer ni contester l'aliénation tant que la substitution n'est pas ouverte (1).

Dans son premier arrêt, la cour de Paris dit que le grevé ne peut hypothéquer les biens substitués, que ces biens ne deviennent pas le gage de ses créanciers et qu'il ne peut pas faire directement par une vente ce qu'il ne pourrait faire indirectement en concédant une hypothèque. L'argumentation pèche par sa base. Où est-il dit que le grevé ne puisse hypothéquer? Un propriétaire peut hypothéquer quand même son droit serait résoluble, sauf que l'hypothèque sera résolue si le droit du concédant est résolu (art. 2125). Cela est élémentaire. Or, le grevé est plus que propriétaire résoluble, il est propriétaire à charge de rendre. Il en résulte que les actes de propriété qu'il fait n'offrent aucune garantie aux tiers; c'est en ce sens que l'on dit que les biens substitués sont hors du commerce. Mais le droit d'hypothéquer, comme celui d'aliéner, n'en est pas moins incontestable.

564. On demande si les biens substitués peuvent être aliénés ou hypothéqués définitivement dans les cas où cette vente serait nécessaire, par exemple pour payer les dettes qui grèvent la substitution, pour empêcher l'expropriation forcée et les frais ruineux qu'elle entraîne. Dans l'ancien droit, on enseignait l'affirmative, et on l'admet encore sous l'empire du code, bien qu'avec une certaine hésitation (2). Il y a, en effet, un motif de douter. Le législateur aurait dû permettre d'aliéner les biens substitués et de les hypothéquer pour cause d'une nécessité absolue ou d'un avantage évident, comme il le fait pour les biens des mineurs. Mais il ne l'a pas fait. L'interprète peut-il combler la lacune? Nous en doutons. Ce serait une dérogation au droit de propriété des appelés, une exception à la charge de conserver et de rendre. Il fau-

(1) Paris, 25 juillet 1850 (Dalloz, 1851, 2, 170). Aubry et Rau, t. VI, p. 50 et note 52. En sens contraire, Paris, 12 janvier 1847 (Dalloz, 1847, 2, 61).

(2) Voyez, en sens divers, Duranton, t. IX, p. 573, n° 590. Coin-Delisle, p. 531, n° 32, des art. 1048 à 1051; Demolombe, t. XXII, p. 532, n° 561; Marcadé, t. IV, p. 162, n° II de l'article 1053. Demante, continué par Colmet de Santerre, t. IV, p. 431, n° 213 *bis* V.

drait, tout le monde en convient, des garanties pour les appelés, des conditions et des formes qui sauvegardent leurs intérêts. Quelles seront ces garanties? Appartient-il aux interprètes de les prescrire? Non, certes; c'est là la mission du législateur. Aussi les auteurs ne s'accordent-ils pas entre eux, ce qui est inévitable quand la loi est muette. Les uns disent que l'on doit appliquer l'article 457 par analogie; ils admettent que les biens substitués peuvent être vendus et hypothéqués pour nécessité absolue et pour avantage évident. D'autres n'osent pas aller jusque-là, et pensent que le grevé peut seulement aliéner et hypothéquer en cas de nécessité. L'analogie est loin d'être parfaite. Dans le cas de l'article 457, les mineurs seuls sont en cause, il y a un conseil de famille qui veille à leurs intérêts, et la loi prescrit des formes qui les protégent. Dans notre espèce, au contraire, il y a deux propriétaires, l'intérêt des grevés est en conflit avec l'intérêt des appelés. Il n'y a pas de conseil de famille qui limite les droits du grevé, pas de formes ni de conditions. Dira-t-on que c'est aux tribunaux à décider? C'est un système extralégal qui n'a point d'appui dans nos textes. Le juge n'a pas mission de faire la loi, il n'est pas chargé d'administrer; s'il intervient pour homologuer certains actes qui intéressent les mineurs, c'est en vertu de la loi; certes il n'aurait pu le faire dans le silence de la loi. Nous croyons qu'il ne le peut pas davantage en cas de substitution.

565. Quels sont les droits des créanciers sur les biens grevés de substitution? Les créanciers du disposant, quand la substitution se fait par testament, ont un droit de gage sur les biens substitués, gage que le disposant ne peut leur enlever, alors même qu'il déclarerait que les intérêts et les revenus seraient insaisissables. Il suit de là que les créanciers peuvent saisir les biens, et ils devront être colloqués sans que les substitués aient le droit d'y former opposition. Les créanciers n'ont pas même besoin de demander la séparation de patrimoines, car cette séparation ne doit être demandée que contre les créanciers de l'héritier (art. 878); et, dans l'espèce, le

conflit existe entre les créanciers du défunt et les appelés. Ceux-ci n'ont de droit sur les biens substitués que déduction faite des dettes. C'est le droit commun ; la cour de Paris l'avait méconnu en ordonnant que la collocation des créanciers n'aurait d'effet qu'à la mort du grevé sans enfants ; sa décision a été cassée (1).

Quant aux créanciers du grevé, ils peuvent également saisir les biens substitués, sauf que la vente faite sur leur poursuite ne peut préjudicier aux droits des appelés ; le grevé ne peut pas plus aliéner indirectement en contractant des dettes que directement, puisqu'il doit conserver les biens pour les rendre. On a prétendu que les créanciers du disposant pouvaient écarter les créanciers du grevé sans demander la séparation des patrimoines. On fondait cette étrange prétention sur un motif plus étrange encore, c'est que la substitution étant établie au profit d'enfants à naître, et ceux-ci étant nécessairement héritiers bénéficiaires, la séparation des patrimoines existait de plein droit en vertu du bénéfice d'inventaire. La cour de cassation a rejeté ces mauvaises raisons ; le droit des créanciers du grevé ne peut être subordonné à celui des créanciers du défunt que si ceux-ci demandent la séparation des patrimoines ; c'est le droit commun, et la loi n'y déroge point (2).

566. Les grevés peuvent-ils transiger relativement aux biens compris dans la substitution, avec cet effet que la transaction soit opposable aux appelés ? A notre avis, non. L'ordonnance de 1747 autorisait le grevé à transiger, mais la transaction n'avait d'effet contre les substitués qu'après avoir été homologuée par les parlements (tit. II, art. 53). Le code ne reproduit pas cette disposition. On admet généralement qu'il faut appliquer par analogie l'article 467 concernant les transactions dans lesquelles des mineurs sont intéressés ; mais les auteurs ne s'accordent pas sur le point de savoir si toutes les formalités de l'article 467 doivent être observées, et l'accord

(1) Cassation, 17 mars 1856 (Dalloz, 1856, 1, 152).
(2) Rejet, 5 mai 1830 (Dalloz, au mot *Substitution*, nº 394).

est impossible. Il y a lacune dans la loi, et il n'appartient pas aux interprètes de la combler (1).

567. Le grevé a-t-il le droit de faire des actes d'administration tels que des baux, avec cet effet qu'ils seront opposables aux appelés? Dans l'ancien droit, l'on appliquait aux baux les principes qui régissent les actes de disposition faits par le grevé; si la substitution s'ouvrait, les baux tombaient avec le droit de celui qui les avait consentis. Thévenot établit très-bien cette doctrine. Les baux sont valables, dit-il, puisque le grevé a la propriété et la jouissance des biens substitués; mais les baux doivent cesser quand le droit du bailleur cesse. En vertu de quel principe les appelés seraient-ils tenus d'entretenir les baux faits par le grevé? Ils ne sont ni successeurs universels, ni même à titre particulier du grevé; car ils ne reçoivent pas la propriété des mains du grevé; ils la reçoivent du substituant. Dira-t-on que le grevé est le mandataire des appelés? Il ne tient ce mandat ni de la loi ni de la volonté des prétendus mandants. Donc il n'y a aucun lien, aucun engagement de la part du substitué envers le fermier ou locataire (2).

Les auteurs modernes enseignent que les baux consentis par le grevé peuvent être opposés aux substitués; mais ils ne s'accordent point sur les motifs de décider, ni sur l'effet des baux. D'après les uns, le droit du grevé se fonde sur l'article 595 qui permet à l'usufruitier de faire des baux de neuf ans, obligatoires pour le nu propriétaire; à plus forte raison, disent-ils, le grevé doit-il avoir ce droit, puisqu'il est plus qu'usufruitier : il est propriétaire. La raison, au point de vue des principes, est mauvaise. En effet, l'article 595 déroge aux principes généraux, et toute exception est de stricte interprétation. Le législateur aurait dû donner au grevé le droit de faire des baux obligatoires pour les appelés, mais il ne l'a pas fait. On reste donc sous l'empire des principes que l'on suivait dans l'ancien droit. D'autres invoquent l'arti-

(1) Voyez, plus haut, n° 564, et les auteurs cités par Aubry et Rau, t. VI, p. 53, n° 57.
(2) Thévenot, p. 228, nos 697 et 701.

cle 1673 qui maintient les baux faits par l'acheteur quan le vendeur use du pacte de rachat. Mais l'article 1673 est également exceptionnel, comme nous le dirons au titre de la *Vente* (1). Cela décide la question.

568. Du principe que le grevé est, avant l'ouverture de la substitution, le vrai et seul propriétaire des biens substitués, Pothier déduit cette conséquence que les actions actives et passives de la succession résident en sa seule personne; de là suit que le grevé peut exiger le payement des créances dues à la succession; les débiteurs sont valablement libérés en payant entre ses mains. Le code n'exige pas le concours du tuteur; il prescrit seulement de faire emploi des deniers, mais il ne charge pas les débiteurs de veiller à ce qu'emploi soit fait; le payement serait donc valable lors même que les deniers n'auraient pas été placés.

Pothier dit que le tuteur peut saisir et arrêter entre les mains des débiteurs ce qu'ils doivent pour prix des héritages qui auraient été vendus pour quelque cause nécessaire, ainsi que les rentes actives. En cas de saisie-arrêt, les débiteurs ne peuvent pas payer sans le concours du tuteur. Le code ne le dit pas; mais il faut, en ce point, suivre l'ancien droit, puisque la doctrine traditionnelle est en harmonie avec les principes. Le tuteur a le droit et l'obligation de faire tous actes conservatoires dans l'intérêt des appelés, donc il peut saisir-arrêter les créances substituées afin d'empêcher le grevé de les dissiper (2).

M. Demolombe ajoute qu'une opposition serait même inutile s'il s'agissait de deniers placés avec le concours du tuteur; logiquement, dit-il, le remboursement ne peut se faire qu'avec le concours de celui qui a fait l'emploi (3). La conséquence peut être logique au point de vue législatif; mais il n'appartient pas à l'interprète de créer des nullités; or, c'est créer une nullité que de décider que le

(1) Voyez, en sens divers, les auteurs cités par Demolombe, t. XXII, p. 537, n° 566, et par Dalloz, au mot *Substitution*, n° 398. Comparez Douai, 18 mars 1852 (Dalloz, 1853, 2, 20).

(2) Pothier, *Des substitutions*, n° 157. Aubry et Rau. t. VI, p. 51, note 58.

(3) Demolombe, t. XXII, p. 536, n° 564.

débiteur doit payer en présence du tuteur pour être valablement déchargé.

569. De ce que le grevé a le droit de toucher les créances et d'en donner décharge faut-il conclure qu'il a le pouvoir de les céder? C'est l'opinion générale; on admet même ce droit pour les simples administrateurs des biens d'autrui; à plus forte raison, dit-on, en doit-il être ainsi du grevé qui est propriétaire des créances qu'il cède (1). Nous avons combattu ailleurs le principe, et nous repoussons la conséquence que l'on en déduit (2). Autre chose est de toucher une créance, autre chose est de la vendre; le grevé doit conserver pour rendre; de là suit que s'il vend, c'est sans préjudice du droit des appelés; ceux-ci ne doivent pas respecter l'aliénation; il en doit être ainsi des créances aussi bien que des immeubles. Seulement si les créances n'avaient pas été rendues publiques, les tiers pourraient se prévaloir du défaut de publicité.

570. Pothier, après avoir établi le principe que les actions actives et passives appartiennent au grevé, en déduit cette conséquence que ce qui est jugé avec le grevé peut être opposé aux substitués; le seul recours qu'il permette aux appelés, c'est la requête civile (3). Telle était la disposition de l'ordonnance de 1747 (tit. II, art. 50). Le code garde le silence. Qu'en faut-il conclure? Les jugements n'ont d'effet qu'entre ceux qui sont parties au procès, soit en personne, soit par leurs représentants. Pour qu'on pût opposer aux appelés les jugements rendus avec le grevé, il faudrait que les grevés eussent le droit de représenter les appelés. Or, nous venons de dire que les appelés ne sont pas les successeurs, pas même à titre particulier, des grevés. Cela décide la question. Toullier seul admet que les jugements rendus par le grevé sont opposables aux appelés. Les autres auteurs exigent que le tuteur y soit intervenu; il y en a qui veulent de

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 51 et note 54. M. Demolombe admet cette opinion avec une restriction; mais cette restriction est aussi faite par les éditeurs de Zachariæ (t. XXII, p. 536, n° 565).

(2) Voyez le tome II de mes *Principes*, p. 235, n° 179.

(3) Pothier, *Des substitutions*, n° 154

plus que le ministère public soit entendu (1). Cela nous paraît très-douteux, parce que cela est arbitraire. Le tuteur n'a aucune qualité pour agir au nom des appelés, donc il ne les représente pas; quant au ministère public, la loi n'exige même pas qu'il soit entendu. L'opinion générale ne repose donc sur aucun principe. A vrai dire, les auteurs ont fait la loi. Il nous semble que dans le silence de la loi il faut appliquer les principes qui régissent la chose jugée.

Les jugements profitent-ils aux appelés quand ils sont rendus en faveur du grevé? On l'admet, alors même que le tuteur n'aurait pas été mis en cause, ni le ministère public entendu. Le grevé, dit-on, a toujours qualité pour faire meilleure la condition des appelés. C'est se payer de mots. Le grevé n'a aucune qualité pour représenter les appelés; donc il faut s'en tenir au principe : *Res judicata aliis nec nocet nec prodest* (2).

571. De ce que les droits et actions résident en la seule personne du grevé avant l'ouverture de la substitution, Pothier tire encore cette conséquence que la prescription de ces droits et actions court et s'accomplit contre le grevé, et que les droits et actions ainsi éteints par la prescription ne revivent pas au profit du substitué lors de l'ouverture de la substitution.

Pothier donne les exemples suivants. Nous les citons pour bien préciser l'hypothèse qu'il prévoit. Une dette est due à la succession; le grevé laisse écouler trente ans sans agir; la dette sera éteinte et elle ne peut pas revivre en faveur du substitué; la raison en est que la prescription court contre le créancier; or, le grevé est créancier. De même si le grevé n'use pas d'un droit de servitude pendant trente ans, la servitude sera éteinte par le non-usage du propriétaire du fonds dominant, puisque le grevé est propriétaire avant l'ouverture de la substitution. Enfin, un héritage appartenant à la succession est possédé par

(1) Toullier, t. III, 1, p. 408, n° 739, et la note de Duvergier, en sens contraire. Duranton, t. IX, p. 575, n° 591; Aubry et Rau, t. VI, p. 51 et note 55. Demolombe, t. XXII, p. 531, n° 559.

(2) En sens contraire, tous les auteurs (voyez la note précédente). Nous reviendrons sur le principe au titre *des Obligations*.

un tiers détenteur, soit sans titre, soit en vertu d'un titre émané d'un autre que du grevé ; si le détenteur possède pendant le temps requis pour la prescription, avant l'ouverture de la substitution, il aura acquis la propriété à l'égard du grevé, puisque celui-ci était propriétaire et devait agir.

Les appelés, dans ces diverses hypothèses, ne peuvent pas dire que la prescription n'a pas couru contre eux, que, par conséquent, ils peuvent agir ; les tiers répondront que la prescription a couru contre le créancier ou le propriétaire, donc contre le grevé, et qu'un droit éteint ne saurait revivre. Vainement objecterait-on que les appelés sont mineurs et que la prescription ne court pas contre les mineurs. Pothier répond, et la réponse est péremptoire, que la prescription n'a pas couru ni dû courir contre les appelés, puisque ce n'était pas en leur personne que les droits résidaient ; que la prescription n'a couru et dû courir que contre la personne du grevé, en la personne seule duquel ils résidaient (1).

La réponse de Pothier s'applique aussi à une autre objection qui est fondée sur l'équité plutôt que sur le droit. On dit que les appelés ont un droit sur les biens substitués : peuvent-ils être dépouillés de ce droit alors qu'ils sont dans l'impossibilité d'agir? Or, il leur est impossible d'agir, puisque leur droit est conditionnel. Donc, dit-on, il faut appliquer l'article 2257, aux termes duquel la prescription ne court point à l'égard d'un droit qui dépend d'une condition jusqu'à ce que la condition arrive. En droit, on doit répondre avec Pothier que la prescription court contre les appelés, seuls propriétaires, avant l'ouverture de la substitution. En équité, on peut répondre que les appelés ayant un droit conditionnel peuvent interrompre la prescription (art. 1180). Quant à l'art. 2257, nous prouverons, au titre de la *Prescription*, qu'il ne s'applique qu'au cas où une créance est suspendue par une condition ; il est donc étranger à notre question (2).

(1) Pothier, *Des substitutions*, nos 155 et 156.
(2) Toullier, t. III, 1, p. 409, no 740. Aubry et Rau, t. VI, p. 52, note 56. Demolombe, t. XXII, p. 520, no 554.

572. La question de la prescription se présente encore dans une autre hypothèse. Si le grevé aliène un bien substitué, les tiers acquéreurs ne peuvent pas prescrire contre le grevé, car il ne peut attaquer ses propres actes. Les appelés seuls peuvent attaquer les aliénations faites par le grevé lors de l'ouverture de la substitution ; donc c'est contre eux que court la prescription; or, elle ne peut courir contre eux tant que leur droit n'existe point, ou tant qu'à raison de leur minorité ils ne peuvent pas agir. Ici s'appliquent les principes que l'on invoque en faveur des appelés, dans la première hypothèse (1).

Nº 2. DROITS DU GREVÉ APRÈS L'OUVERTURE DE LA SUBSTITUTION.

573. Lorsque la substitution s'ouvre, le grevé doit rendre aux appelés les biens substitués. En ce sens on dit que le droit de propriété qu'il avait sur les biens se résout (2). Dans notre opinion, il n'y a point de condition résolutoire, mais la charge de rendre, quand elle s'accomplit, a mis les biens hors du commerce, en défendant au grevé d'aliéner. Donc il n'a pu faire aucun acte de propriété à l'égard des appelés; les actes de disposition qu'il a faits sont nuls plutôt que résolus; ils sont nuls comme étant faits par celui qui n'avait pas le droit de les faire. Ce principe s'applique même à la vente forcée faite par les créanciers du grevé, car les créanciers n'ont pas d'autre droit que leur débiteur; l'ouverture de la substitution ayant cet effet que les biens substitués ont été hors du commerce, il en résulte que les créanciers n'avaient point de gage sur ces biens, que la saisie et la vente sont nulles. Nous dirons plus loin quels sont, en ce cas, les droits des appelés.

574. Les hypothèques consenties par le grevé sur les biens substitués tombent aussi bien que les aliénations.

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 52, note 56. Demolombe, p. 526, nº 555. Comparez Duranton, t. IX, p. 595, nº 610. Cassation, 9 janvier 1827 (Dalloz, au mot *Substitution*, nº 409).

(2) Pothier, *Des substitutions*, nº 160, et tous les auteurs modernes. Voyez, plus haut, nº 562.

Il en devrait être de même de l'hypothèque légale de la femme; les biens substitués étant hors du commerce ne peuvent pas devenir le gage des créanciers, pas plus en vertu d'une hypothèque légale qu'en vertu d'une hypothèque conventionnelle. Mais, en ce point, le code déroge aux principes en faveur de la femme et, en un certain sens, en faveur du grevé. L'article 1054 porte : « Les femmes des grevés ne pourront avoir, sur les biens à rendre, de recours subsidiaire, en cas d'insuffisance des biens libres, que pour le capital des deniers dotaux, et dans le cas seulement où le testateur l'aurait expressément ordonné. » Le législateur se montre très-favorable à l'hypothèque légale de la femme; il la maintient, même lorsque le retour est stipulé, si les autres biens de l'époux donataire ne suffisent point (art. 952). Dans l'ancien droit, cette exception était aussi admise au profit du grevé. D'après l'ordonnance de 1747, l'hypothèque subsidiaire de la femme sur les biens substitués existait de plein droit; elle se fondait sur la volonté présumée de l'auteur de la substitution. « Comme on ne peut guère trouver un honnête établissement par mariage, dit Pothier, sans avoir de quoi répondre de la dot de la femme qu'on épouse, on présume que l'auteur de la disposition qui a voulu que celui qu'il grevait de substitution se mariât, n'a pas prétendu, en le grevant de substitution, lui en ôter les moyens, et qu'en conséquence il lui a permis d'engager les biens substitués, autant que cela serait nécessaire, à défaut d'autres, pour la restitution de la dot de sa femme (1). »

Le code civil a maintenu cette hypothèque subsidiaire, mais avec des modifications importantes. Il ne se contente pas d'une volonté présumée; l'hypothèque a lieu seulement si le testateur l'a expressément ordonné. D'après l'ordonnance, la femme avait un recours subsidiaire, tant pour le fonds ou capital de la dot que pour les fruits ou intérêts qui en seraient dus. L'article 1054 ne l'accorde que pour le capital des deniers dotaux. On voit que les

(1) Pothier, *Des substitutions*, n° 161. Ordonnance de 1747, tit. I, art. 44.

auteurs du code ont voulu restreindre l'exception ; il était plus simple de ne pas admettre une disposition contraire aux principes, et si on l'admettait, il fallait la maintenir de manière à donner pleine garantie à la femme. C'est ce que la disposition de l'article 1054 ne fait point.

La femme ne jouit de cette hypothèque subsidiaire que pour le capital de ses deniers dotaux. Elle ne l'a pas pour ses reprises. Elle ne l'a pas pour sa dot même, quand elle n'est pas constituée en argent. En principe, elle ne l'a donc pas sous le régime de la communauté légale, car, sous ce régime, la dot de la femme tombe en communauté, la femme n'a pas d'action pour la restitution de sa dot, partant pas d'hypothèque; du reste, la femme a son hypothèque subsidiaire dans tous les cas où elle a une hypothèque principale, c'est-à-dire quand elle a une action pour la restitution de sa dot, en supposant qu'elle soit constituée en argent.

Le texte semble ajouter une autre restriction en disant que le recours existe seulement dans le cas où le *testateur* l'aurait expressément ordonné. En faut-il conclure que le *donateur* ne peut pas l'ordonner? Non, certes; la loi est explicative et non restrictive; elle prévoit le cas le plus ordinaire, celui où la substitution se fait par testament; mais il n'y a aucune raison pour ne pas permettre au donateur ce que la loi permet au testateur (1).

N° 3. OBLIGATIONS DU GREVÉ.

575. Le grevé est propriétaire, mais avec charge de conserver et de rendre. Il a donc des obligations, tandis que le propriétaire n'en a point. Pour conserver, le grevé doit jouir et administrer en bon père de famille; il n'a pas le droit d'abuser, qui appartient au propriétaire dont le droit est absolu. L'obligation de conserver et de rendre, avec la conséquence qui en résulte, établit une analogie entre le grevé et l'usufruitier. On pose même comme principe que la jouissance du grevé est régie par

(1) Duranton, t. IX, p. 578, n° 595, et tous les auteurs.

les mêmes principes que la jouissance de l'usufruitier (1). Cela est trop absolu. Le grevé est propriétaire, tandis que l'usufruitier n'a qu'un démembrement de la propriété; le grevé jouit donc comme propriétaire et non comme usufruitier. Vainement dirait-on que de fait le droit du grevé n'a été qu'un droit de jouissance si la substitution s'ouvre, puisque dans ce cas tous les actes de disposition qu'il a faits viennent à tomber. Cela n'empêche pas que le grevé ait été propriétaire, car son droit n'est pas résolu; s'il l'était, il n'aurait pas même eu la jouissance des biens, car l'institution serait censée n'avoir jamais existé. Cela est inadmissible; donc il a été propriétaire, et son droit de jouissance a été celui d'un propriétaire.

576. De là suit que les restrictions que la loi apporte à la jouissance de l'usufruitier ne s'appliquent pas à la jouissance du grevé. L'usufruitier doit jouir comme jouissait l'ancien propriétaire, il ne peut pas faire d'innovation dans la jouissance, quand même ces innovations seraient utiles. Ainsi il ne pourrait défricher un bois; s'il a reçu un fonds boisé, il doit rendre un fonds boisé, quand même le défrichement serait un acte d'un bon père de famille. Il n'en est pas de même du grevé; il jouit comme propriétaire, avec cette seule restriction qu'il doit conserver la chose pour la rendre.

577. Si les droits du grevé sont plus étendus, il en doit être de même de ses obligations. L'article 605 dit que l'usufruitier n'est tenu qu'aux réparations d'entretien et que les grosses réparations demeurent à la charge du propriétaire. Cette disposition reçoit-elle son application au grevé? Dans l'ancien droit, la question était controversée. Sous l'empire du code, on admet généralement que le grevé, obligé de conserver, est par cela même obligé de faire toutes les réparations. Mais est-il tenu de faire l'avance du capital nécessaire? On dit qu'il pourra se faire autoriser par le tribunal à emprunter le capital dont il a besoin et en demander le remboursement à l'ouverture de la substitution. Cela nous paraît très-dou-

(1) Coin-Delisle, p. 531, n° 28 des art. 1048-1051. Duranton, t. IX, p. 577, n° 593.



teux. Le grevé doit conserver, donc il doit faire toute espèce de réparations, sauf récompense pour celles qui sont à charge de l'appelé. Sur ce point même il y a doute; les charges sont en harmonie avec les droits; comme le grevé a des droits plus étendus, il devrait aussi avoir des obligations plus étendues. Au moins faut-il décider que c'est à lui de faire les grosses réparations. Pothier s'exprime en ce sens; il dit que l'on doit tenir compte au grevé de toutes les mises qu'il a faites pour le bien de la succession, notamment des grosses impenses, en distinguant les impenses utiles et les dépenses nécessaires. Telle est, à notre avis, la vraie doctrine. Quant à faire un emprunt avec autorisation du tribunal, nous répétons ce que nous avons déjà dit : le tribunal n'a aucune qualité pour intervenir dans la gestion du grevé (1).

578. Quant aux travaux d'amélioration que le grevé a faits, la même difficulté se présente. Faut-il appliquer au grevé ce que l'article 599 dit de l'usufruitier? Le sens de cette disposition est controversé; en tout cas, on ne peut l'appliquer par analogie au grevé, car il n'y a pas d'analogie entre un usufruitier qui ne peut faire aucune innovation sur le fonds et le grevé qui jouit comme propriétaire. Il nous semble qu'il faut s'en tenir au principe d'équité, qui est aussi un principe de droit, à savoir que personne ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui. Or, les appelés s'enrichiraient aux dépens du grevé s'ils ne lui tenaient pas compte de ses dépenses utiles; en effet, le grevé n'est tenu que de conserver; s'il fait des améliorations et que les appelés en profitent, ceux-ci lui en doivent compte. Ce principe sert aussi à déterminer l'étendue de l'indemnité à laquelle le grevé a droit; les appelés sont tenus en tant qu'ils se sont enrichis (2).

579. D'après l'ordonnance de 1747 (tit. I, art. 40), les grevés ne devaient restituer les fruits qu'à partir de la demande en délivrance formée par les appelés. Nous

(1) Comparez Toullier, t. III, 1, p. 421, n° 775; Aubry et Rau, t. VI, p. 54 et note 63. Demolombe, t. XXII, p. 538, n° 567.

(2) Comparez Toullier, t. III, 1, p. 421, n° 775; Aubry et Rau, t. VI, p. 54, note 64.

dirons plus loin si les grevés doivent faire une demande en délivrance sous l'empire du code civil. A notre avis, la question des fruits est indépendante de celle de la délivrance. Le code civil pose la règle générale en cette matière : les fruits appartiennent au propriétaire par droit d'accession (art. 547). C'est par exception que le possesseur les gagne, et il n'y a d'autres exceptions que celles que la loi établit. Ces principes décident la difficulté. La propriété du grevé cesse lors de l'ouverture de la substitution ; on enseigne même qu'elle est résolue ; et elle cesse ou elle est résolue de plein droit sans que les appelés aient besoin d'agir en justice. Ils sont propriétaires en vertu de la disposition qui les substitue au grevé ; donc ils ont droit aux fruits en vertu de l'article 547. Pour les attribuer au grevé ou à ses héritiers, il faudrait une exception à l'article 547 ; et d'exception il n'y en a pas. Invoquera-t-on les principes de la saisine? Ces principes régissent les rapports des héritiers saisis avec les légataires. Dans l'espèce, il s'agit des rapports qui existent entre un propriétaire dont le droit cesse et un autre dont le droit s'ouvre au même moment. La situation est toute différente (1).

Le grevé a droit aux frais de semence et de labour, quant aux fruits pendants par branche ou par racines, lors de l'ouverture de la substitution. C'est l'application du principe qui régit les rapports du grevé et des appelés. Ceux-ci ne peuvent pas s'enrichir, aux dépens du grevé, des dépenses qu'il a faites et dont eux profitent. Objectera-t-on l'article 585, aux termes duquel il n'y a pas lieu à récompense des frais de culture entre l'usufruitier et le nu propriétaire? Nous avons d'avance répondu à cette objection : le grevé n'est pas un usufruitier. D'ailleurs les motifs sur lesquels se fonde l'article 585 n'ont rien de commun avec les rapports du grevé et des substitués.

580. Si le grevé abuse de sa jouissance, peut-il en être privé par sentence judiciaire, en vertu de l'article 618? La question est très-controversée ; nous n'hési-

(1) En sens contraire, Duranton, t. IX, p. 598, n° 611 ; Aubry et Rau, t. VI, p. 54 et note 65.

tons pas à nous prononcer pour la négative. Aux termes de l'article 618, l'usufruit peut cesser par l'abus que l'usufruitier fait de sa jouissance, soit en commettant des dégradations sur le fonds, soit en le laissant dépérir faute d'entretien. Cette disposition est tout à fait exceptionnelle, loin d'être, comme on le prétend, l'application des principes généraux. Celui qui abuse de son droit est tenu de réparer le dommage qu'il cause; voilà le droit commun. Tandis que l'article 618 autorise les tribunaux à prononcer l'extinction du droit en cas d'abus. Puisque c'est une exception, on doit la restreindre au cas pour lequel elle a été portée, d'autant plus qu'elle a un caractère pénal, et les peines ne s'étendent pas. Bien moins encore peut-on les aggraver en les appliquant par analogie. Or, c'est aggraver l'article 618 que de l'appliquer au grevé, en prononçant l'extinction de son droit; en effet, il est plus qu'usufruitier, il est propriétaire; le juge déclarerait donc le droit de propriété éteint, ce qui serait chose inouïe (1). Pour échapper à cette énormité, l'on a dit que le juge prononcerait seulement l'extinction de l'usufruit, conformément à l'article 618, ce qui laisserait au grevé la propriété (2). Cette distinction est tout aussi contraire aux principes que la doctrine qui permet au juge de priver le grevé de son droit. Le grevé n'a pas une jouissance distincte de la propriété, il jouit parce qu'il est propriétaire; pour qu'il cesse de jouir, il faut qu'il cesse d'être propriétaire; lui enlever la jouissance en lui laissant la propriété, ce serait lui laisser le droit en vertu duquel il perçoit les fruits tout en le dépouillant des fruits : ce qui est souverainement illogique.

(1) Voyez, en ce sens, les auteurs cités par Demolombe, t. XXII, p. 543, n° 576; et par Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, 1, p. 203, note 7. En sens contraire, Grenier, Toullier, Duranton, Aubry et Rau (voir, plus bas, note 2).

(2) Aubry et Rau, t. VI, p. 55 et note 63.

§ VII. *Droits des appelés.*

N° 1. AVANT L'OUVERTURE DE LA SUBSTITUTION.

581. Pothier dit que les appelés n'ont qu'une simple espérance avant l'ouverture de la substitution. Cela n'est pas exact. Le légataire n'a qu'une simple espérance tant que le testateur peut, d'un instant à l'autre, révoquer son testament, tandis que le droit de l'appelé ne peut plus être révoqué. Quand la substitution est faite par donation, cela est évident, puisque la donation est irrévocable de son essence. Si elle est faite par testament, elle ne produit d'effet qu'à la mort du testateur; dès cet instant, elle devient aussi irrévocable; seulement le droit des substitués est éventuel; le grevé doit lui rendre les biens, à sa mort, il faut donc qu'ils existent à ce moment; s'ils prédécèdent, la substitution devient caduque.

C'est parce que les appelés ont un droit sur les biens en cas de survie qu'on leur permet de faire les actes conservatoires de leur droit. Si ce n'était qu'une espérance, ils n'auraient pas le droit d'agir, pas plus que le légataire ne peut agir avant l'ouverture du testament. Mais ne va-t-on pas trop loin en disant que le grevé est propriétaire sous une condition résolutoire des biens substitués et que les appelés en sont propriétaires sous une condition suspensive (1)? S'il en était ainsi, les appelés, en cas de survie, seraient censés avoir toujours été propriétaires des biens substitués; tandis que le droit des grevés serait résolu comme s'il n'avait jamais existé; en définitive, il ne resterait qu'une seule libéralité, celle qui est faite aux appelés. Non, il n'y a ni condition résolutoire ni condition suspensive, dans le sens propre du mot. Le grevé est obligé de conserver, et la loi veut qu'il y ait un tuteur chargé de veiller à ce que la charge de restitution soit bien et fidèlement exécutée. C'est cette disposition de l'article 1073 qui donne au tuteur, et implicitement au grevé, le droit de faire des actes conservatoires.

(1) Demolombe, t. XXII, p. 561, n° 597.

582. Que devient le droit des appelés si le grevé ne veut ou ne peut recueillir le legs? La question ne peut pas se présenter pour la substitution faite par donation, car celle-ci doit être acceptée pour exister; si donc le grevé n'accepte pas, ou s'il est incapable de recevoir, il n'y a pas de donation, partant pas de substitution (1). Si la libéralité avec charge de conserver et de rendre est faite par testament, le droit du grevé s'ouvre au décès du testateur. On suppose que le legs du grevé devienne caduc : quelle sera l'influence de la caducité sur le legs fait en second ordre aux appelés?

Il faut distinguer la cause de la caducité. Si le grevé prédécède au disposant, ou s'il est incapable de recevoir le bénéfice de la libéralité, la substitution tombe, en ce sens qu'il ne peut pas y avoir de substitution là où il n'y a pas d'institution. Mais l'extinction de la substitution entraîne-t-elle aussi celle du legs fait aux appelés? En d'autres termes, peuvent-ils recueillir la libéralité, en qualité de légataires, comme disposition directe faite en leur faveur? D'après l'ordonnance de 1747, la caducité de l'institution emportait la caducité de la substitution fidéicommissaire, si ce n'est lorsque le testament contenait la clause codicillaire, c'est-à-dire la clause qui convertit le testament en codicille; par suite de cette clause, les héritiers *ab intestat* étaient grevés de la charge de rendre les biens aux appelés (tit. I, art. 26). Dans les pays coutumiers, on ne faisait pas de distinction entre le testament et le codicille, tous les legs étaient des fidéicommis. De là suivait que la caducité de l'institution faisait, à la vérité, tomber la substitution, mais n'enlevait pas aux appelés le droit qu'ils tenaient de la libéralité du disposant. Ils pouvaient la réclamer comme légataires; bien entendu que la substitution convertie en legs était soumise aux principes qui régissent les legs. Il n'y avait donc que les appelés nés ou conçus lors de l'ouverture de la disposition qui eussent le droit de réclamer le bénéfice de la disposition (2).

(1) Troplong, t. II, p. 290, n° 2248.
(2) Pothier, *Des substitutions*, n° 204 et 206.

Dans notre droit moderne, il est incontestable que la caducité de l'institution n'est pas une raison pour que toute la disposition devienne caduque. En effet, le code civil, à la différence du droit écrit, n'exige plus une institution d'héritier pour la validité du testament, il ne fait pas de différence entre le testament et le codicille, il ne connaît que des dispositions de dernière volonté, dont la validité dépend de l'intention du testateur. Or, dans une substitution fidéicommissaire, il y a deux libéralités, l'une en faveur de l'institué, l'autre en faveur du substitué. Si la première devient caduque, la seconde doit-elle également tomber? Telle n'est certes pas l'intention du testateur. Dans les substitutions permises, le vrai gratifié, c'est l'appelé; si le testateur donne à l'institué, c'est uniquement pour faire parvenir les biens aux appelés; donc dans l'intention du disposant, la caducité de l'institution ne doit pas entraîner la caducité de la libéralité faite aux appelés (1).

Sur ce point, tout le monde est d'accord. Reste à savoir à quel titre les appelés recueilleront la libéralité qui leur est faite. Est-ce à titre de substitution ou à titre de legs? Ici il y a un doute. Si l'on ne consultait que la volonté du disposant, il faudrait décider que la substitution doit produire son effet, car il veut gratifier tous les enfants nés et à naître, ce qui ne peut se faire que par voie de substitution. Mais cette volonté du testateur peut-elle recevoir son effet lorsque le grevé prédécède? Non, car la substitution ne s'est jamais formée, il n'y a jamais eu d'institué, il n'y a donc jamais eu de charge de conserver et de rendre. Il ne reste qu'une libéralité ordinaire en faveur des appelés, qu'ils recueilleront à titre de légataires; mais pour cela ils doivent exister lors du décès et être capables de recevoir; c'est le droit commun en fait de legs. Les enfants qui naîtront plus tard ne profiteront pas de la libéralité, parce que n'étant pas nés lorsqu'elle s'est ouverte, ils ne peuvent pas venir au legs.

(1) Duranton, t. IX, p. 536, n° 549 Toullier, t. III, 1, p. 427, nos 793 et 794.



Ce que nous disons du prédécès, il faut le dire aussi de l'incapacité du grevé. Si, au moment même où la substitution devrait s'ouvrir, l'institué est incapable de recevoir, la substitution ne pourra pas s'ouvrir; il n'y a donc pas de charge de conserver et de rendre; il n'y a qu'un legs, comme dans le cas de prédécès. Ce que nous venons de dire du prédécès s'applique donc nécessairement à l'incapacité (1).

583. En est-il de même si l'institué renonce? La question est aussi controversée, et il y a un doute. Il s'agit de savoir si la substitution s'est formée, ou si, par suite de la renonciation, il n'y a qu'un legs en faveur des appelés. La volonté du testateur est certaine, mais cette volonté peut-elle donner effet à la substitution quand l'institué renonce? Nous le croyons. Le grevé existait à l'ouverture de la disposition, et il était capable; donc la disposition s'est ouverte avec la charge de conserver et de rendre (2). Qu'importe que le grevé renonce? Sa renonciation aura pour effet de faire passer les biens à ceux qui doivent les recueillir à son défaut, mais affectés de la charge qui y était attachée, la charge de conserver les biens et de les rendre. On objecte que celui qui renonce est censé n'avoir jamais été institué et que, par conséquent, il n'y a jamais eu de substitution? Nous répondons, et la réponse nous paraît péremptoire, que la renonciation implique un droit auquel on renonce. Il y a donc eu une institution, l'institué a été saisi au moins de la propriété du droit au legs; donc la substitution s'est formée, et elle peut produire son effet; dès lors elle doit produire son effet d'après la volonté bien certaine du testateur.

Comment la substitution sera-t-elle exécutée? S'il y a des appelés, ils recueilleront les biens à titre de substitués, c'est-à-dire qu'ils n'auront pas un droit exclusif aux biens légués, ils devront admettre au bénéfice de la libéralité les enfants à naître, tous les enfants nés et à naître ayant un droit égal aux biens substitués. S'il n'y a pas

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 56, note 70. Comparez Duranton, t. IX, p. 582, n° 602; Troplong, t. II, p. 289, n° 2247.

(2) C'est la disposition de l'article 27, titre I, de l'ordonnance de 1747.

d'appelés, les biens seront recueillis par ceux qui doivent acquitter le legs, les héritiers du disposant, mais ils les recueillent avec la charge qui y est attachée; donc ils seront tenus de conserver les biens pour les rendre dès qu'il y aura un appelé. Ils ne peuvent pas prétendre qu'ils ont le droit de conserver les biens pour les rendre, à leur mort, aux appelés, car ils ne sont pas institués; s'ils recueillent les biens, c'est uniquement parce qu'il n'y a pas d'appelés; dès qu'il naît un enfant, ils n'ont plus aucune qualité pour conserver les biens (1).

N° 2. OUVERTURE DE LA SUBSTITUTION.

584. Le code ne dit pas quelles sont les causes qui donnent ouverture à la substitution; l'article 1053 se borne à dire que les droits des appelés seront ouverts à l'époque où, par quelque cause que ce soit, la jouissance de l'enfant du frère ou de la sœur, grevés de restitution, cessera. Il faut donc recourir aux principes généraux qui régissent les substitutions et les dispositions de dernière volonté.

585. Il est de la nature, sinon de l'essence des substitutions, que l'institué conserve les biens pendant sa vie pour les rendre, à sa mort, aux appelés (n° 449). Régulièrement donc la substitution s'ouvre à la mort du grevé. Les appelés ont le droit de renoncer; l'ordonnance de 1747 le disait expressément (tit. I, art. 28), peut-être pour prévenir un doute. Ne peut-on pas dire que le bénéfice de la substitution a été accepté d'avance par le grevé au nom des appelés, et qu'ayant accepté, ils ne peuvent plus renoncer? Nous avons dit plus haut que cette acceptation n'est pas une vraie acceptation, il ne peut pas y en avoir au nom des enfants à naître, c'est plutôt une obligation, contractée par le grevé et validée par la loi, de rendre les biens aux appelés : le grevé est obligé de rendre sans que les appelés soient forcés d'accepter; il

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 56 et note 71. Coin-Delisle, p. 538, n° 11 de l'article 1053. Demolombe, t. XXII, p. 615, n° 659, et p. 619, n° 660.

n'y a pas de légataire malgré lui, de même qu'il n'y a pas d'héritier nécessaire.

586. La substitution s'ouvre par l'arrivée du terme ou par l'accomplissement de la condition fixée par l'auteur de la disposition. Le code ne le dit pas, mais cela est de droit commun; le donateur est maître d'apposer à sa libéralité, soit un terme, soit une condition. On objecte que l'ouverture de la substitution à une époque antérieure au décès violerait l'article 1050, aux termes duquel la substitution doit profiter à tous les enfants nés et à naître, donc les enfants qui naîtront après l'arrivée du terme ou l'accomplissement de la condition ne peuvent pas être exclus. Cela est certain; mais les substitutions à terme ou sous condition n'empêchent pas que les enfants à naître ne participent au bénéfice de la disposition; la substitution ne s'ouvrira que sous la réserve des droits des enfants à naître (1).

587. La substitution s'ouvre au profit des appelés lorsque le grevé est déchu du bénéfice de la disposition. D'après le code civil, il n'y a qu'un seul cas de déchéance légale, celui où le grevé ne fait pas nommer de tuteur (n° 542). Nous avons examiné plus haut (n° 580) la question de savoir si la déchéance peut être prononcée pour cause d'abus de jouissance.

588. Le grevé peut faire l'abandon anticipé des biens aux appelés. Quel sera l'effet de cette renonciation? Entre le grevé et les appelés l'abandon produit l'effet de l'ouverture du droit; les appelés ont un droit incommutable aux biens et ils le transmettent à leurs héritiers, alors même qu'ils viendraient à mourir avant le grevé. On ne peut pas dire que, dans ce cas, leur droit devient caduc, car il n'y a plus de substitution lorsqu'elle est ouverte, un droit ne peut plus devenir caduc après qu'il est consommé.

L'article 1053 dit que l'abandon anticipé de la jouissance au profit des appelés ne pourra préjudicier aux créanciers du grevé antérieurs à l'abandon. Il faut géné-

(1) Toullier, t. III, 1, p. 484, n° 781, et tous les auteurs, sauf le dissentiment de Colmet de Santerre (Demante, t. IV, p. 420, n° 212 *bis* II).

raliser cette disposition et poser comme principe que la renonciation du grevé ne peut nuire aux tiers, de sorte qu'à leur égard la substitution ne sera pas censée ouverte. C'est, dit Pothier, une conséquence de la maxime : *Nemo ex alterius facto prægravari debet.* Pothier applique le principe au cas où le grevé aurait vendu un bien substitué. Quand la substitution s'ouvre par la mort du grevé, les appelés peuvent revendiquer les biens que celui-ci a aliénés ; ils n'ont pas ce droit de revendication lorsque le grevé leur fait l'abandon anticipatif des biens substitués ; le tiers acquéreur a acheté le bien substitué tel que l'avait le grevé vendeur, c'est-à-dire un droit de propriété qui doit durer jusqu'à la mort du grevé, et ne peut tomber que si, à ce moment, il y a des appelés ; l'abandon anticipé ne peut pas leur enlever ce droit ; de sorte que si les appelés venaient à prédécéder au grevé, le droit de l'acquéreur deviendrait incommutable.

Du même principe suit que si le grevé a consenti des hypothèques sur les biens substitués, les créanciers hypothécaires peuvent exercer leur droit sur les biens hypothéqués comme s'il n'y avait pas eu d'abandon anticipatif, cet abandon ne pouvant préjudicier à leurs droits. Quant aux créanciers chirographaires, l'article 1053 leur réserve expressément l'action paulienne ; nous dirons, au titre des *Obligations*, à quelles conditions cette action peut être exercée.

Il suit encore du même principe que les appelés auxquels l'abandon des biens substitués a été fait ne peuvent pas l'opposer aux enfants à naître. S'il naît des enfants postérieurement à l'abandon, ils peuvent, à la mort du grevé, réclamer leur part dans les biens substitués. Il y a plus ; ils ont droit aux biens substitués, à l'exclusion de ceux auxquels l'abandon a été fait, s'ils sont prédécédés au grevé ; car le droit des appelés à naître se règle comme s'il n'y avait pas eu d'abandon (1).

589. L'institution peut être révoquée pour cause d'in-

(1) Pothier, *Des substitutions*, nos 190-194, suivi par Toullier, t. III, 1, p. 425, nos 784-788, et tous les auteurs modernes (Aubry et Rau, t. VI, p. 59 et note 76).



gratitude du donataire ou pour cause d'indignité du légataire. A qui profitera la révocation? On a répondu : A celui qui a demandé la révocation. D'après le droit commun, cela serait évident, mais nous sommes en dehors du droit commun; la libéralité révoquée appartient aux substitués; les droits des appelés sont donc en conflit avec les droits du demandeur en révocation. Lesquels doivent l'emporter? L'article 1053 répond à la question; il décide en termes absolus que les droits des appelés s'ouvrent à l'époque où, *par quelque cause que ce soit*, la jouissance du grevé cesse. Donc les appelés profiteront de la révocation sous la réserve des droits qui appartiennent aux enfants à naître, comme nous venons de le dire dans le cas de renonciation. On applique également, par analogie, ce que nous avons dit du cas où il n'y a pas d'appelés au moment où la donation est révoquée ; il y a même motif de décider (1).

Si la disposition est faite sous des conditions que le grevé ne remplit point et si la donation est révoquée pour cause de cette inexécution, à qui profitera la révocation? Si la condition n'affecte que l'institution, l'article 1053 sera applicable et, par suite, la substitution s'ouvrira, comme dans le cas de révocation pour cause d'ingratitude. Que si la condition affecte la disposition même, les appelés devront l'exécuter; sinon la disposition sera révoquée quant à la substitution aussi bien que quant à l'institution (2).

N° 3. DROITS DES APPELÉS.

590. Comment les appelés acquièrent-ils la propriété et la possession des biens substitués? Pothier répond que la propriété passe de plein droit du grevé au substitué. A vrai dire, comme le remarque Pothier, les appelés tiennent leur droit, non du grevé, mais de l'auteur de la substitution ; c'est le testament ou la donation qui est leur

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 59 et note 78. L'opinion contraire de Duranton y est réfutée.

(2) Demante, t. IV, p. 419, n° 212 *bis* I. Demolombe, t. XXII, p. 605, n° 642.

acte d'acquisition, c'est donc en vertu de ce titre que la propriété leur est acquise lors de l'ouverture de la substitution. Voilà pourquoi la propriété leur est transmise de plein droit, le testament et la donation étant des actes translatifs de propriété (1).

Pothier ajoute qu'il n'en est pas de même de la possession; les appelés n'ont pas la saisine de plein droit, dit-il, quand même la substitution serait en ligne directe et à titre universel. C'est la disposition de l'ordonnance de 1747 (tit. II, art. 40), aux termes de laquelle les appelés doivent demander la délivrance des biens aux grevés ou à leurs héritiers. Pourquoi l'ordonnance leur refuse-t-elle la saisine? La question ne se présente que lorsque les appelés sont donataires ou légataires universels. Quand ils sont légataires universels, pourquoi ne seraient-ils pas saisis aussi bien que les institués? Leur droit est le même, fondé sur le même acte, il devrait donc produire le même effet. De raison juridique de cette différence, nous n'en voyons aucune. On donne un motif qui est de fait plutôt que de droit; c'est que les biens substitués sont confondus avec les biens propres du grevé, il faut donc une liquidation, partant une demande. On peut ajouter que les héritiers du grevé ont droit et intérêt à constater si les substitués sont réellement les enfants appelés à la disposition. Toujours est-il que c'est une dérogation à la règle qui donne la saisine au légataire universel lorsqu'il n'y a point de réservataires. Cette dérogation n'est pas consacrée par notre code. On reste donc sous l'empire des principes généraux. L'opinion contraire est généralement admise, et même sans discussion, comme si la chose était évidente (2).

591. La question des fruits se lie à celle de la saisine; dans l'opinion générale, les fruits n'appartiennent aux appelés qu'à partir de la demande en délivrance. Nous avons combattu cette doctrine (n° 579); il importe cependant de constater que Pothier enseigne que les fruits

(1) Pothier, *Des substitutions*, nos 195 et 196.
(2) Aubry et Rau, t. VI, p. 60 et note 80, et tous les auteurs.

appartiennent au grevé ou à ses héritiers jusqu'à la demande en délivrance. Il se fonde sur ce que le grevé est juste possesseur. Le motif est sans force en présence de l'article 547, qui attribue les fruits au propriétaire.

592. Les appelés prennent les biens dans l'état où ils se trouvent à l'ouverture de la substitution. Ils profitent des accessions naturelles, telle que l'alluvion. Quant aux augmentations provenant d'impenses faites par le grevé, ils lui en doivent récompense, comme nous l'avons dit plus haut (n° 578).

593. Si l'institué a aliéné les biens ou s'il les a grevés de droits réels, les actes de disposition tombent (n° 573). En cas d'aliénation, les appelés peuvent revendiquer les biens entre les mains des tiers détenteurs. Si les biens ont été hypothéqués, les appelés peuvent demander la radiation des inscriptions hypothécaires. On ne peut pas leur opposer les actes de disposition faits par le grevé, car ils ne sont pas, comme substitués, successeurs du grevé. Mais l'exercice de leurs droits soulève une autre difficulté. Les appelés, dans les substitutions permises, sont les enfants du grevé, donc ses héritiers. Ne succèdent-ils pas, à ce titre, aux obligations de leur auteur? et celui-ci étant obligé de garantir les tiers acheteurs, ne faut-il pas dire des appelés qu'étant tenus à la garantie, ils ne peuvent pas évincer? La difficulté se résout par une distinction.

Si les appelés renoncent à la succession du grevé, ils sont censés n'avoir jamais été héritiers; donc ils restent étrangers aux obligations contractées par le défunt. N'étant pas tenus de garantir, ils peuvent revendiquer. Mais si les appelés acceptent purement et simplement, ils sont obligés de garantir les acheteurs; si donc ils revendiquaient comme substitués, on les repousserait par l'exception de garantie : à titre d'héritiers, ils doivent garantie, donc ils ne peuvent évincer. Cependant l'ordonnance de 1747 permettait aux appelés, alors même qu'ils étaient héritiers purs et simples du vendeur, de revendiquer les biens substitués en remboursant aux acheteurs le prix de l'aliénation avec les frais et loyaux coûts. C'était une

exception aux principes que l'on ne s'explique que par la faveur singulière dont jouissaient les substitutions. On a soutenu que cette disposition de l'ordonnance devait encore être observée sous l'empire du code. Cela est contraire à tout principe. Il est bien vrai que l'on doit interpréter le code civil par l'ordonnance, mais on ne peut transporter dans le code des dispositions exceptionnelles de l'ordonnance qui sont abrogées (1). On reste sous l'empire des principes généraux par cela seul que le code n'y déroge point.

Les appelés peuvent aussi accepter la succession du grevé sous bénéfice d'inventaire; ils ne sont tenus, dans ce cas, des obligations qu'il a contractées que jusqu'à concurrence de leur émolument. Il suit de là qu'ils pourront revendiquer les biens aliénés, mais ils seront obligés de garantir l'acheteur à raison de leur émolument.

(1) Duranton, t. IX, p. 570, n° 587. Demolombe, t. XXII, p. 557, n° 594. En sens contraire, Toullier, t. III, 1, p. 419, n° 769 (réfuté par Duvergier). Zachariæ, édition de Massé et Vergé, t. III, p. 204 et note 11, et les auteurs qui y sont cités.

FIN DU TOME QUATORZIÈME.

TABLE DES MATIÈRES.

TITRE III. — Des donations entre-vifs et des testaments (suite).

CHAPITRE VI. — Des testaments (suite).

Section II. — *Des legs (suite).*

§ III. *Transmission de la propriété et de la possession des biens légués.*

Article I. — Transmission de la propriété.

Article II. — Transmission de la possession.

N° 1. De la saisine.

I. *Principe.*

II. *Application.*

III. *Conséquences de la saisine.*

IV. *Des légataires universels institués par un testament olographe ou mystique.*

1. Présentation et dépôt du testament.

2. De l'envoi en possession.

3. Des mesures conservatoires.






Digitized by Google

III. *Des legs à titre particulier.*

1. Principe.

2. Exceptions.

N° 2. Comment les légataires sont-ils tenus des dettes?

N° 3. Des legs en usufruit.

N° 4. Droit des créanciers.

ARTICLE II. — Payement des legs.

N° 1. Qui est tenu de payer les legs?

I. *Des héritiers légitimes.*

II. *Des légataires universels.*

III. *Des légataires à titre universel.*





N° 2. De la révocation pour cause d'ingratitude.

I. *Des causes d'ingratitude.*

II. *Qui peut agir en révocation?*

III. *Effet de la révocation.*

ARTICLE II. — De la nullité et de la caducité des legs.

§ Ier. *De la nullité.*

§ II. *De la caducité.*



III. *De la conjonction* re tantum.

N° 3. Conditions.

Section IV. — *Des exécuteurs testamentaires.*

§ I. *Notions générales.*

§ II. *Droits et obligations de l'exécuteur testamentaire.*

N° 1. Principe.

N° 2. De la saisine.

I. *Étendue de la saisine.*


Digitized by Google

CHAPITRE VII. — Des substitutions.

Section I. — *Des substitutions prohibées.*

§ Ier. *Notions générales.*

§ II. *Caractères des substitutions prohibées.*

Article I. — Deux libéralités.

N° 1. Principe.

I. *De l'institué.*

II. *Du substitué.*

N° 2. Application.

I. *De la fiducie.*

II. *Du droit d'élire.*

N° 3. De l'objet des deux libéralités.

I. *Principe.*

II. *Du cas de l'article* 899.

1. De la substitution de l'usufruit.



§ VI. *Droits et obligations du grevé.*

N° 1. Droits du grevé avant l'ouverture de la substitution.

N° 2. Droits du grevé après l'ouverture de la substitution.

N° 3. Obligations du grevé.

§ VII. *Droits des appelés.*

N° 1. Avant l'ouverture de la substitution.

N° 2. Ouverture des substitutions.

